

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL



**MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LA ADMISIÓN DE LA
PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES EN
EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL

Presentada por: BRENDA PAREJA MUJICA

Código: 20143654

Asesor: Luciano LÓPEZ FLORES

JURADO:

Presidente: Giovanni Francezco, PRIORI POSADA

Segundo Miembro: Luciano, LÓPEZ FLORES

Tercer Miembro: José Antonio CARO JOHN

Lima - 2017

A Dios, sobre todas las cosas.

A mis padres Fernando y Trinidad, por darme alas, por su apoyo incondicional y amor infinito.

A mis hermanos Albbeiro, Andrea, Fernando y Christian, los pilares de mi vida.

Al profesor Luciano López Flores, quien creyó en mí desde el principio.

A mis grandes amigos José Cabel y Luis Correa, quienes me alentaron en este camino y a todos aquellos que contribuyeron para la presentación de esta tesis.

RESUMEN EJECUTIVO

En estos tiempos, una de las instituciones procesales que ha cobrado un rol importantísimo en el Derecho es sin duda la Prueba Prohibida o Ilícita dentro del Proceso, debido a las diferentes corrientes y teorías que asumen diversas posturas ante su posible admisión y exclusión; no obstante, el presente trabajo de investigación propone abordar esta temática desde el enfoque del paradigma de Estado Constitucional; en el cual se puede dilucidar un derecho fundamental que casi ha ido pasando desapercibido: el derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales.

En ese contexto, este derecho –con características y/o particularidades propias– tiende a correlacionarse con otros frente a posibles antinomias existentes en la realidad; donde será necesario someterlo a un análisis que permita que los operadores del derecho estudien las situaciones en las cuales, a través de un Modelo de Control Constitucional, se podría determinar que existan determinados supuestos donde podría soslayar la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, y así, establecer la validación de medios de prueba que salven esta prohibición y hagan posible la admisión de un medio probatorio considerado hasta ahora como “prohibido” o “ilícito”.

Por ello, en el desarrollo de esta tesis, se plantea un modelo o esquema de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en el Sistema Jurídico Peruano a la luz de las directrices de estado constitucional y el rol del órgano jurisdiccional ante ello.

En esa línea, se ha desarrollado sucintamente, algunos criterios explícitos ampliamente desarrollados en la Constitución (como el derecho a la defensa, derecho a probar, etc.) e implícitos (como el interés público o el derecho a la verdad), a modo de ejemplificar este modelo propuesto.

Asimismo, se ha propuesto –a modo de aporte a la teoría Jurídica en la normativa peruana– la modificación de los artículos 159° y 351° del nuevo Código Procesal Penal, a fin de poder garantizar que los operadores del Derecho tengan la facultad de utilizar este modelo de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, en el proceso penal ante determinadas situaciones.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I.....	10
EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONTROL CONSTITUCIONAL	10
1. ESTADO CONSTITUCIONAL	10
2. FUNCIONES DEL JUEZ EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL	19
3. FINALIDAD DEL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	23
4. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	24
4.1. Carácter no absoluto de los derechos fundamentales	33
4.2. EL ROL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL CARÁCTER NO ABSOLUTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	36
5. CONTROL CONSTITUCIONAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	37
6. EL ROL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA PONDERACIÓN DE INTERESES	46
EL ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LO QUE SE DENOMINA “PRUEBA ILÍCITA” Y/O “PRUEBA PROHIBIDA”	49
1. BREVE INTRODUCCIÓN PARA EL DESARROLLO DEL PRESENTE CAPITULO	49
2. LA PRUEBA	49
3. EL DERECHO A LA PRUEBA EN SENTIDO SUBJETIVO Y OBJETIVO	51
4. OBJETO, MEDIO Y FUENTES DE LA PRUEBA.....	52
5. EL DERECHO A PROBAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	56
6. EL ROL DE LO QUE SE DENOMINA “PRUEBA ILÍCITA” O “PRUEBA PROHIBIDA”	57
6.1. ¿Prueba ilícita, prueba prohibida o ambas?.....	57
a. Tipología de la “prueba prohibida” y/o “prueba ilícita”	61
i. Criterio temporal o cronológico	61
ii. Criterio causal o material.....	62
b. Efectos de la regla de exclusión de la “prueba ilícita”	63
c. Alcance de la exclusión de “prueba ilícita” y/o “prueba prohibida” de cargo y de descargo	68
6.2. Tesis sobre la prohibición de prueba con violación a derechos fundamentales	70
i. La prueba ilícita como un auténtico derecho fundamental	70
ii. La prueba ilícita como tesis de la contravención al ordenamiento jurídico	71
iii. La prueba ilícita como límite de la investigación criminal	71
CAPITULO III	72
TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES (DESARROLLO DE LA HIPOTESIS) ...	72

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES	73
a. Existen <i>disposiciones del derecho fundamental</i> para que la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales sea un derecho fundamental autónomo: .	74
b. Existen <i>Normas de derecho fundamental</i> para que la prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales sea un derecho fundamental autónomo.....	75
c. Existen <i>posiciones de derecho fundamental</i> para que la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales sea un derecho fundamental autónomo:	79
2. LA ADECUADA NOMENCLATURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES	81
3. CARÁCTER SECUENCIAL Y NO ABSOLUTO DEL DERECHO A LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES QUE EXIGE ESTABLECER UN MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL	82
4. EL DERECHO A LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	83
CAPITULO IV:.....	87
PLANTEAMIENTOS Y APORTES A LA TEORIA JURÍDICA RESPECTO A LA PROPUESTA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACION A DERECHOS FUNDAMENTALES (DESARROLLO DE LA HIPOTESIS).....	87
1. PLANTEAMIENTO PARA UN ADECUADO CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES	87
1.1. PLANTEAMIENTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DE LA VERDAD COMO UN CRITERIO IMPLÍCITO PARA SU ADMISIÓN.....	96
2. PLANTEAMIENTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL INTERÉS PÚBLICO, COMO UN CRITERIO IMPLÍCITO PARA SU ADMISIÓN.....	101
3. APORTE A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PROBLEMA INVESTIGADO	106
3.1. Propuesta normativa al problema investigado.....	107
3.2. Formulación de nuevas normas que podrían ser incorporadas al nuevo Código Procesal Penal.....	111
3.2.1. Texto vigente del artículo 159° del nuevo Código Procesal Penal.....	111
3.2.2. Texto vigente del artículo 351° del nuevo Código Procesal Penal.....	113
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	120

INTRODUCCIÓN

En estos tiempos, la Constitución Política está llamada a defender la protección de los derechos fundamentales. En lo que atañe al *proceso*, el paradigma del Estado Constitucional se manifiesta en el respeto cabal del conjunto derechos/garantías que conllevan a catalogarlo como un-*debido proceso*. Es en ese sentido que, en materia penal, la prueba de cargo *ilícita* o *prohibida* presenta singular relevancia por su impacto en la observancia del *debido proceso*. Y es que, ¿debe excluirse siempre o cabe admitírsela en situaciones de resguardo del *interés público*?, ¿su admisión es necesaria en casos donde se pueda afectar el derecho a la verdad?.

Como punto de partida, la noción de Estado Constitucional constituye el eje medular y transversal por donde transita el desarrollo del marco teórico o estado de la cuestión de esta investigación: qué lo define, cuáles son sus parámetros y qué papel juegan los derechos fundamentales. Por otro lado, integra también este espacio del estado del arte, el tratamiento de la prueba como una institución esencial en el Derecho Procesal, con énfasis en su “lado oscuro”: la “Prueba Ilícita” y/o “Prueba Prohibida”. Y aquí es donde se desprende la hipótesis central de este trabajo: demostrar que tras lo que la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada llaman “prueba ilícita o prohibida”, emerge un auténtico derecho fundamental, cual es lo que denomino el *derecho de prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales*, término que va más allá de una mera nomenclatura, dado que sus características intrínsecas conllevan a avizorar un contenido esencial susceptible de protección por parte del Juez e, incluso, de su ponderación con otros derechos o principios constitucionales en posible conflicto, en vista de su carácter no absoluto.

En ese sentido, consideramos que para desarrollar el tema de investigación de la admisión de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales, interpretada a través de un modelo de Control Constitucional enmarcado el Sistema Jurídico peruano, es necesario analizar el juicio interpretativo que nos lleva a determinar cuándo estamos ante un derecho fundamental autónomo, con contenido

esencial propio e independiente del derecho a probar, pues parte de un sentido “prohibitivo”, pero que a la vez, es secuencial pues se desarrolla e interrelaciona con otros derechos fundamentales; notándose con mayor agudeza cuando se presenta una antinomia en los límites de este derecho. Aquí, es donde el juez constitucional deberá analizar una serie de criterios que puedan salvar el medio probatorio de cargo y éste pueda ser válidamente admitido, pues considerará la exclusión como *ultima ratio*.

En consecuencia, más allá de limitarnos a la determinación de “licitud” e “ilicitud” de un medio probatorio, la materia de análisis en concreto de la presente investigación está enfocada en demostrar la existencia y autonomía del derecho fundamental a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales y, en segundo orden, la presente investigación tratará de presentar un esquema o modelo de Control Constitucional a la luz de la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, que sirva como herramienta para la interpretación constitucional, así como para resolver posibles antinomias ante el posible enfrentamiento con derechos fundamentales más allá de los pocos casos desarrollados en nuestro país; y además, se pueda obtener un resultado con cierto grado de predictibilidad en el resultado de posibles antinomias.

De este modo, analizaremos la función de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales desde la perspectiva del Estado Constitucional, a fin de comprender su carácter autónomo y secuencial, estableciendo su estructura de acuerdo a los lineamientos de disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental.

Es por ello, en el marco de un Estado Constitucional, se busca que los intérpretes de la Constitución -y en especial, los jueces- tutelen y salvaguarden el respeto al derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, y con ello, buscar la uniformización de la jurisprudencia en torno al tratamiento de la “prueba ilícita” o “prueba prohibida”, puesto que, en el derecho penal, se busca lo más próximo a la verdad material.

En consecuencia, para poder desarrollar la admisión constitucional de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales como resultado del análisis interpretativo del modelo de Control Constitucional que modestamente plantearemos; es preciso analizar el proceso interpretativo que nos lleva a determinar si realmente es un derecho fundamental, cuál es su estructura, cuáles son sus disposiciones, normas y posiciones constitucionales, así como la relevancia de este derecho y porque exige que para su pleno respeto, el intérprete tenga la facultad de realizar un control constitucional sobre dicho derecho, a fin de poder buscar algún sentido interpretativo que salve de la regla general –de exclusión- y halle una compatibilidad que permita justificar la validez de la prueba y determinar su admisión al proceso.

Asimismo, debemos destacar que ese sentido interpretativo podría estar justificado no sólo en criterios explícitos ampliamente desarrollados en la Constitución (como el derecho a la defensa, derecho a probar, etc.); sino también en criterios implícitos ~~pero~~ que subyacen al orden constitucional (como el interés público o el derecho a la verdad) y que han sido abordados en el Capítulo IV de la presente.



CAPITULO I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONTROL CONSTITUCIONAL

1. ESTADO CONSTITUCIONAL

Hoy desde el paradigma del “Estado constitucional” parece claro que los principios, garantías y derechos plasmados en las Constituciones Políticas de los Estados merecen ser reevaluados y concordados a fin de que no colisionen o se opongan con este nuevo modelo de organización jurídico-política. Y un ejemplo de ello, no cabe duda, es el rol de la admisión de la prueba de cargo denominada “prohibida” o “ilícita”, ante la posible vulneración de derechos fundamentales, que, en congruencia con el paradigma de Estado Constitucional deberían también ser tomados en cuenta a la hora de admitir un medio de prueba ilícito y sus repercusiones a nivel social y jurídico; comprendiendo que ello podría generar el mal funcionamiento de un instituto procesal y que además puede generar serias contradicciones del propio paradigma.

Sobre la base de este nuevo paradigma (de Derechos y Garantías), tenemos las opiniones de varios constitucionalistas como FERRAJOLI, ZAGREBELSKY, HÄBERLE, BOBBIO, ELÍAS DÍAZ, LUIS PRIETO SANCHIS, entre otros, quienes de una manera u otra -incluso con posturas muy diferentes entre sí- han señalado que, en este paso del Estado de derecho al Estado constitucional, el Juez debe asumir el desafío de constituirse en el primero y principal protector de los derechos y, a través de la interpretación de las normas desde la Constitución, procura la creación cotidiana del Derecho en concordancia con el Principio Jurídico de Supremacía Constitucional.

Es así que conviene manifestar, en primer lugar, el profesor GUSTAVO ZAGREBELSKY (1999, pág. 21) ha señalado respecto *al paso del Estado de derecho al Estado constitucional*, que la noción de Estado de Derecho si bien es de gran relevancia en la ciencia jurídica aun no es un concepto completo en sí

mismo, ya que aún posee una forma embrionaria o genérica ya que si bien podría significar la eliminación de la arbitrariedad en el campo de la actividad estatal, aun no es concisa ya que si bien comprende la inversión de la relación poder y derecho no llegaba a solucionar los conflictos internos que de ello derivaban.

Por eso, para él, la noción de Estado Constitucional es una de las formas usuales en nuestro siglo aunque sugiere no adoptarlo bajo el continuismo del concepto a nivel histórico, mas por el contrario recomienda que para la mejor comprensión de este paradigma concentrarnos en los diferentes matices que contiene (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 22); ya que según el jurista debemos entenderlo no como un cambio momentáneo sino como un cambio genético, desde el mismo interior del concepto clásico de Estado de Derecho, ya que en la fórmula de Estado Constitucional se puede apreciar a la relación de subordinación o adecuación de la ley y la Constitución pero que conlleva a una ecuación un poco más complicada, ya que somete a análisis la dinámica de ambas y los conflictos que se generan de ellas, lo cual significaría en las palabras del autor, una *“profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”* (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, págs. 33-34).

Dicha transformación seria notoria en cuanto a que si bien los órganos de la administración del Estado tienen la tarea de desplegar sus facultades en el ámbito que les corresponde, también tienen el deber de establecer la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 35), lo cual inevitablemente conducirá a una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley ya que no obedecerán a la premisa liberal de la *“autonomía como regla y del límite legislativo como excepción”*.

Por ello que nuevamente el Estado llega a asumir una posición paternalista a la hora de regular sus sectores, donde frente a los peligros de las libertades generales sin responsabilidad -y que puedan obedecer a libertades individuales

exista además un importante factor social del Estado y que como tal deba asumir medidas que los conformen y limiten- tiende a limitar a veces con reglas clásicas como la de nuestra Constitución Política en el inciso b) numeral 24. Del Artículo 2° cuando señala “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”, pero que estas reglas no llegan a ser suficientes e incluso puede generar complicaciones mayores, razón por la cual existe un serio problema en cuanto a que la ley ha perdido el sentido de orientación convirtiéndose seriamente en imprevisible (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 36).

En este punto, es donde se ubica la conocida “*pulverización del derecho*” – o más precisa la pulverización de las leyes- donde las leyes suelen ser de reducida generalidad y bajo grado de abstracción, y se empieza a notar la heterogeneidad del derecho en el Estado Constitucional (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 40), lo cual implicara fijarse en un conjunto de principios y valores constitucionales que sean de carácter universal en el Derecho y que obedecerán a un consenso social de visible alcance al ser orientados por la prevalencia de los derechos fundamentales ante las anomalías existentes entre la ley y el derecho legislativo.

Por otra parte, PETER HABERLE considera que el Estado social de derecho es un elemento del Estado constitucional. Esta tesis no debe ser confundida con la propuesta de ZAGREBELSKY, razonadamente refutada por RODOLFO VAZQUEZ, en tanto que el autor italiano plantea el concepto de “Estado constitucional de derecho” como alternativo frente al de Estado de derecho (2001, págs. 86-67). En el caso de HABERLE, no se sugiere la sustitución de un concepto por otro, sino subsumir uno en el otro (HABERLE, 2003, pág. 224 y ss.).

Adicionalmente, el jurista LUIGI FERRAJOLI indica que el paradigma del Estado constitucional de derecho o modelo garantista como él lo entiende, no es otra cosa que la *doble sujeción del derecho al derecho* (pág. 22), pues afecta a las dimensiones normativas de la vigencia y validez; es decir la forma y la sustancia,

siendo estas condiciones mediante las cuales se apreciara cual será el alcance de los derechos fundamentales así como su ámbito de aplicación o posible exclusión o limite en caso sea necesario para la efectiva garantía de derechos.

Además, el maestro FERRAJOLI reconoce la importancia de la Democracia Constitucional como uno de los modelos teóricos de paradigmas del Derecho; es así que el modelo Constitucional o neo-positivista se presenta como un ulterior cambio a los paradigmas convencionales del jurisprudencial y legislativo ya que supone una revolución institucional entre la subordinación de la legislación misma al derecho (2014, pág. 19), acotando además que:

“(...) Según este modelo, mientras la existencia o vigencia de las normas continua dependiendo de su forma de producción, cuya norma de reconocimiento sigue siendo el viejo principio de legalidad formal, su validez depende también de su sustancia o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el principio de legalidad sustancial que la vincula a la coherencia con los principios y los derechos constitucionales establecidos. Así, a la separación de divergencia externa entre justicia y validez se añade la divergencia interna entre validez y existencia. (...)”

De este modo, FERRAJOLI nos señala las dos dimensiones que deben tenerse en cuenta dentro del ordenamiento jurídico (2014, pág. 20): el sistema *nomodinámico* en el que las normas existan siempre y cuando hayan sido producidas conforme las formas prescritas y por otro lado el sistema *nomoestático* en el cual las normas que hayan sido producidas contradiciendo la constitución son concebidas como vicios o antinomias que deberían ser excluidas en virtud a los principios de coherencia y plenitud. Por todo ello, la política moderna juega un rol importante a la hora de establecer el modelo de sistema jurídico tomando en cuenta que es un pilar esencial a la hora de representar instituciones generadas y legitimadas por derechos políticos que garantizan el respeto de todos los derechos fundamentales constitucionales; por ello es que la democracia con los matices e ideales que la legalidad socialista

propugna implican una visión amplia y por ello la evolución a un Estado Constitucional democrático donde se recoja este cambio en el paradigma de Estado, de modo tal que en ella misma podrán encontrarse tanto los límites como vínculos y comprender de mejor forma la relación entre legalidad o respeto a las leyes y el respeto a los derechos fundamentales.

Asimismo, el profesor FERRAJOLI (2014, págs. 19-24) señala que actualmente existe una crisis del paradigma constitucional que puede percibirse en los conflictos que suelen generarse entre la producción normativa y su desarrollo aplicado en la realidad, más cuando la decisión de los poderes públicos incide no solo en la parte normativa del sistema sino además en factores económicos y financieros que en su conjunto repercuten en la relación democracia representativa y límites o vínculos jurídicos del Estado; y para ello uno de los planteamientos que el autor señala como alternativa para la solución de esta crisis será la progresiva expansión del paradigma constitucional a través de los ordenamientos supranacionales, dado que estos organismos internacionales debidamente asociados con las normas internas contribuirán con la construcción de un sistema de garantías plenamente uniforme.

En esas líneas, FERRAJOLI también señala que para entender esta democracia constitucional o Estado Constitucional de Derecho –y para los fines de esta tesis– debemos entenderla desde la óptica del Garantismo, lo cual supone una visión amplia donde:

“(...) modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución. En este sentido, el Garantismo es sinónimo de «Estado Constitucional de Derecho», es decir de un sistema que toma el paradigma clásico del estado liberal ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes (...) y por otro, a todos los derechos (...)”

A raíz de este postulado, que FERRAJOLI considera que las posibles divergencias que puede generarse por la normatividad del ordenamiento y los derechos fundamentales, encontrándonos así ante conflictos entre la validez – referida al deber ser constitucional- y la vigencia –referida a ser efectivo de la producción normativa- donde la democracia en su modelo garantista se entiende en el marco de un modelo *cuatridimensional* que comprenderá la dimensión política, civil, liberal y social correspondiendo éstas a la clasificación de las categorías de derechos fundamentales (2014, págs. 51-52).

Acotando a ello, RAFAEL DE ASIS ROIG señala que si se opta por concebir al Estado Constitucional bajo los parámetros del Garantismo, el modelo mantendría:

“(...) una concepción finalista del Derecho que lleva a establecer una conexión cierta entre Estado de Derecho y moral. La conexión se traduce en el necesario respeto al marco moral (...) y que (...) compuesto no solo por la defensa de la autonomía individual sino también por los derechos individuales y sociales. Por otro lado, al igual que nos ocurría con el modelo enfrentado y con los mismos problemas, el garantista defiende, desde la relevancia del marco moral, un criterio de legitimidad apoyado en la idea de imparcialidad, que se traduce en la prevalencia del Poder Judicial. (...)” (DE ASIS ROIG, Sobre el concepto de Estado de derecho).

Adicional a todo lo señalado hasta este punto, el profesor PETER HÄBERLE ha expresado que: *“(...) el Estado constitucional no sólo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la constitución, sino, además, **el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado constitucional** (...)” (2003, pág. 3). **(La negrita y subrayado es nuestro)***

Motivo por el cual, estos valores y principios se manifestarían esencialmente en (HABERLE, 2003, págs. 3-8):

- i. La dignidad humana como “*premisa antropológico-cultural*” del Estado constitucional;
- ii. La vinculación entre dignidad humana y democracia como “consecuencia organizativa”;
- iii. la soberanía popular y la división de poderes;
- iv. Los derechos humanos fundamentales en el Estado constitucional, como parte integrante de las cláusulas generales de reconocimiento y como fines de la educación (la tolerancia);
- v. La libertad cultural, es decir, la libertad a partir de la cultura; y,
- vi. La división de poderes en sentido estricto y en sentido amplio, constitución de los órganos y división de funciones en interés de la realización de tareas, es decir, la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales;

De este modo, podemos afirmar que en todo Estado constitucional observamos un modelo de Constitución, que incorpora los derechos fundamentales (no pudiendo ser modificado o derogado por diferentes órganos estatales o por la sola voluntad del legislador), en la cual la supremacía de la Constitución y el carácter normativo o fuerza vinculante de sus disposiciones (fuente de mayor jerarquía o Constitución «normativa» y «garantizada»), son sus principales características, además de la eficacia o aplicación directa de sus normas (límites a la actuación del poder público) y la presencia de un denso contenido normativo (a través de valores y derechos fundamentales).

ELIAS DIAZ (1998, pág. 127), bajo el termino de *Estado Democrático de Derecho* considera al Estado Constitucional como un Estado de justicia; un estado legitimado en función a determinados valores históricos como son la

democracia, el socialismo, la libertad y la paz; de este modo la función de la democracia está íntimamente ligada al correcto funcionamiento de un Estado ya que para él, este modelo puede haber sido una respuesta o una forma de superación frente a las carencias y déficits del Estado social de Derecho -que realmente no cumplía con la economía de género humano que ello significaba o por lo menos pregonaban sus defensores- al no ser un reflejo fiel de la supuesta tendencia del socialismo en el plano económico y jurídico, pues ello solo se dio en apariencia técnica o superficial, ya que si bien se ha dado una supremacía de la ley ésta no ha cumplido con la exigencia del cumplimiento y protección de los derechos de los ciudadanos o por lo menos esperando una institucionalización de un órgano lo suficientemente representativo y que con el mismo poder asegure el respeto a los derechos fundamentales de todos los individuos, es exactamente hay donde surge la base de la democracia – inspirada en los aportes del socialismo como uno de los aspectos esenciales de un Estado de Derecho- parte básica para que un Estado se institucionalice y donde se vele por no solo la legalidad de las normas sino también por respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales (1998, pág. 178).

Otro de los aspectos importantes a tomar en consideración, es lo expuesto ampliamente en jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que realiza las siguientes referencias (RUBIO CORREA, 2011, pág. 70): Estado de Derecho, Estado Constitucional de Derecho, Estado Democrático de Derecho, Estado Democrático y Social de Derecho, Estado constitucional y democrático de Derecho, Estado Unitario, Estado Descentralizado y Estado Social; y respecto a la concepción de Estado constitucional se tiene que en el fundamento 2º de la Sentencia recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC, de fecha ocho de noviembre del año dos mil cinco, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que el tránsito de Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional significa el abandono de la tesis en la cual la Constitución es solo una norma política carente de contenido vinculante y organizadora de los poderes del estado, sino que además esta misma Constitución vincula a todos los poderes

con la sociedad, sea colectivamente o de manera individual con cada ciudadano; consistiendo este vínculo en el conjunto de valores y derechos fundamentales que son parte del contenido de la Constitución y por lo cual sirven de límite jurídico para los actos de los poderes públicos.

En ese sentido, esta sentencia reconoce dos vertientes de la supremacía de la Constitución: la vertiente objetiva reconocida a través del Artículo 51° en la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico y la vertiente subjetiva establecida en el Artículo 45° en virtud de la cual ningún acto de los poderes públicos o de la colectividad en general pueden vulnerarla válidamente.

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2007-PI/TC, de fecha veintiséis de agosto del año dos mil ocho, dispuso que si bien existe una serie de normas vinculantes –que contienen derechos fundamentales y normas organizadoras de los poderes públicos- y de la misma jerarquía por pertenecer la Constitución, también se debe tener en cuenta que por la propia disposición de la Norma Constitucional, que el Estado tiene como deber primordial “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (Artículo 44°) así como *“El poder del Estado emana del pueblo”* (Artículo 45°); por tanto, “ (...) *La existencia de los diferentes poderes y órganos del Estado se justifica solo en la medida en que estos actúen en defensa de los derechos fundamentales y con preferencia de tales derechos no solo respecto de aquellos otros de naturaleza infraconstitucional sino respecto de aquellas competencias del Estado que pretendan restringirlos de modo irrazonable o desproporcionado(...).*”

Una vez que hemos recogido algunas posturas acerca del Estado constitucional, haber revisado sus orígenes, establecido algunas de sus principales características, y desarrollado de manera general algunos elementos que identifican a la nueva concepción del Derecho a que da lugar, no cabe duda, entonces, que el Perú es un Estado constitucional, no sólo porque tiene una Constitución sino también y sobre todo porque vive una concepción constitucional, al margen de las discusiones en torno a su legitimidad o no y a los diversos matices conceptuales que nos ofrece la doctrina y jurisprudencia,

ha recibido una importante contribución de la labor del Corte Suprema de Justicia de la República y del Tribunal Constitucional, quien -por ejemplo- en muchas oportunidades no sólo ha dotado de sentido sino que ha hecho realidad el reconocimiento constitucional del Perú como Estado constitucional, superando de este modo la concepción de un Estado de derecho.

En este punto, debemos cuestionarnos sobre los ámbitos en los cuales se desarrolla el derecho procesal bajo el paradigma de Estado Constitucional, más aun si centramos dicha mecánica respecto a instituciones procesales en las que llevan por esencia contenido de derechos individuales y también con un factor social o colectivo, es así que cabe plantearse la posibilidad de que los operadores del derecho (tanto jueces como legisladores e incluso abogados) sepamos analizar de manera coherente, sistemática y uniforme este modelo de Estado a la hora de resolver conflictos jurídicos y de esa manera, interpretar adecuadamente los márgenes de nuestro ordenamiento, todo ello con plena prevalencia de los derechos fundamentales.

2. FUNCIONES DEL JUEZ EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

En un Estado Constitucional, cuyos poderes están sujetos al respeto de la Ley fundamental, es menester resaltar el innegable valor de la Constitución respecto de otras normas, pues es ella el instrumento que garantiza no solo su validez y cumplimiento a la luz de la observancia y pleno respeto a todos los derechos fundamentales.

En esencia, la Constitución es la expresión de la democracia y salvaguarda de los ciudadanos en la medida que procure el respeto a las libertades y derechos de sus individuos; es así que, en honor a la Constitución se determina cómo los otros órganos estatales estarían sujetos y sometidos a lo resguardado por ella; lo cual supone ir un paso más allá de la sola legalidad y trascender a los derechos fundamentales de la Carta Magna, significando la pulverización de la ley, en las palabras de Gustavo Zagrebelsky, y donde brota el principio de constitucionalidad del Estado.

En consecuencia, es que fruto del cambio a este paradigma, el rol de juez también sufrió cambios importantísimos, pues conllevará a un vínculo especial entre la función judicial y el respeto a los derechos fundamentales; pues serán estos últimos las directrices esenciales plasmadas en la Constitución las que determinarán la finalidad de todo proceso y de la aplicación de toda norma, surgiendo una doble vinculación en la función del juez en el marco del Estado Constitucional: a la Constitución – y los derechos fundamentales que de ella deriven- y a las normas compatibles con la Ley fundamental. Justamente, la función de control constitucional, en este paradigma, pone en especial relieve la labor de la *interpretación constitucional*.

Al respecto, el profesor MORALES GODOS, afirma:

“(...) El Juez, así, se convierte en un elemento tan preponderante como el legislador en la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es la boca de la ley, como lo ideó Montesquieu, sino que es el que ejerce un contrapeso en el ejercicio del poder de las otras funciones del Estado, a través del control de la constitucionalidad de las leyes, por medio del control difuso, y en el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos. (...)” (MORALES GODO, La función del Juez en una sociedad democrática, 2010, pág. 334).

Y puntualiza este autor que, en un Estado Constitucional, el Juez es el actor principal, pues viene a realizar propiamente una función jurisdiccional y no legislativa, y se adhiere a las palabras de Trazegnies, cuando indica con precisión que *“El legislador ha muerto (...)”* (MORALES GODO, La función del Juez en una sociedad democrática, 2010, pág. 342).

De este modo, la defensa de los derechos fundamentales se constituye como pilar esencial en el accionar del Juez en el Estado Constitucional, pues como lo señala GORKI GONZÁLES:

“(...) el Estado Constitucional presupone la existencia de una Constitución democrática que se advierte como límite al ejercicio del poder y como

garantía para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en términos de igualdad. Supremacía política, pero también supremacía jurídica, hacen de la Constitución una herramienta de legitimidad esencial para el Estado y el derecho. El Estado Constitucional –según se ha visto-, supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución. La misión de los jueces, por ello, estará signada por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y a las eventuales mayorías que las controlan (...)” (2009, págs. 86-87).

Es en ese sentido que ZAGREVELSKY señala que:

“(...) Los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier «señor del derecho» hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos. (...)” (1999, pág. 153).

Consecuentemente, entendemos que *actualmente* ya no cabe concebirse al Juez como un mero aplicador de la ley o “boca de la ley”, al amparo de una concepción positivista a ultranza que defiende tan solo el principio de legalidad y, como consecuencia de ello, el poder de las mayorías dentro de un Estado de derecho (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 34) o Estado legalista decimonónico; o que los jueces no puedan apartarse de la ley, ni aún a pretexto de consultar su espíritu, o donde los pasajes oscuros de la misma deben ser interpretados por medio de leyes similares; o considerar un contexto donde la doctrina o los principios generales del derecho solo eran aplicables a falta de ley, o que la

aplicación de la jurisprudencia esté vedada, o donde solo el legislador era concebido como el creador del derecho, y se reservaba el derecho de interpretarlo, y todo ello con la premisa del respeto ineludible a los derechos fundamentales, donde los jueces plasmaran la concreción del derecho.

En otras palabras, en este nuevo modelo de Estado, el Juez no puede negar la protección de los derechos que le son solicitados escudándose en la ausencia o la deficiencia de la normativa vigente, o de considerarse inhibido y de apartarse para no juzgar. Por lo que, los derechos, hoy, deben ser tutelados por los jueces, aunque esos derechos no aparezcan reconocidos en la ley, cediendo así el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de medición a través del denominado “Principio de Constitucionalidad” (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 39)). Y ese desafío sólo podrá tener éxito, en la medida que los jueces asuman su nuevo rol y su nueva responsabilidad, como principales protectores de los derechos fundamentales (vía la interpretación constitucional (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 133), ya sea en “*casos de rutinas o críticos*” (ZAGREBELSKY, 1999, pág. 139), olvidándose, claro está, de su antiguo papel, de simples y mecánicos aplicadores de la ley.

En este punto, la jurisprudencia nos suele señalar que la función jurisdiccional, bajo este tipo de Estado, se somete a los derechos y garantías reconocidas en la Constitución del Estado, como únicas fuentes de legitimación. La labor judicial se fundamenta pues en un sistema normativo pleno, presuntivamente conocido por todos y cuya aplicación corresponde a autoridades independientes (Poder Judicial), cuya función consiste en resolver todas las controversias que se promuevan en el orden temporal con sujeción a normas preexistentes con arraigo constitucional.

Ahora bien, la función jurisdiccional dentro de este marco constitucional tiene por objeto la búsqueda de la verdad, con lo cual el proceso debe concebirse no solo como medio para cumplir la función pública del Estado, sino además como instrumento dirigido al descubrimiento de la verdad en el proceso para garantizar una adecuada tutela jurisdiccional a todos los derechos fundamentales; por

consiguiente la búsqueda de la verdad jugará un rol de vital importancia en este punto y que desarrollaremos más adelante a la hora de interpretar jurídicamente los hechos para la protección constitucional de los derechos fundamentales.

3. FINALIDAD DEL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Para poder comprender la finalidad del Proceso dentro del Paradigma del Estado Constitucional, es preciso comprender la Dimensión epistémica del Proceso desarrollada por MICHELLE TARUFFO, cuando señala que *“es necesario que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad”* (pág. 155).

En efecto, este descubrimiento de la verdad significará apreciar al proceso como un instrumento epistemológicamente válido y racional; es decir, concebirlo como un conjunto estructurado y sistematizado de actividades o acciones encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia (págs. 155-159).

Y si bien es cierto que la búsqueda de la verdad no será la única finalidad del proceso, pues vemos la postura que ha desarrollado la corriente del análisis económico del derecho cuando señala al proceso como un conjunto de actividades orientadas a fines económicos y financieros, o alcanzar la aplicación de normas o reconocer derechos como indican otras posturas de la doctrina jurídica (MICHELLE TARUFFO, (págs. 156-157); empero, debemos hacer hincapié que esta búsqueda de la verdad será esencial para analizar los problemas de la prueba en el Capítulo siguiente, y a su vez, comprender al proceso no como un mero instrumento destinado a descubrir la verdad, sino como una actividad constante en la cual se evalúan y analizan si existen justificaciones fundamentadas y necesarias que hagan que la conclusión jurisdiccional sea aceptable o posea limitaciones que la invaliden.

Por lo tanto, esta dimensión epistemológica del proceso será básica para desarrollar la correcta valoración probatoria en el marco del Estado Constitucional en los capítulos siguientes.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Para empezar a hablar sobre Derechos Fundamentales, es primordial intentar aproximarnos a algunas nociones sobre su fundamento y función, asegurando desde un principio que no se puede dar por sentados o delimitados estos conceptos dada la diversidad de aquellos mostrados por la doctrina.

En ese sentido, una de las posturas que parece mostrar una visión integral acerca del fundamento y concepto de los derechos fundamentales es la dada por el profesor GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ. Para este autor, la moralidad y la juricidad son esenciales para que el Estado a través del poder que ejerce pueda convertir esos valores en un Derecho aplicable a la realidad social mediante de su positivización. Esta relación representada por el espíritu (la moral) y la fuerza (Derecho) se encuentran íntimamente entrelazados y dicha separación podría mutilar el contenido de los derechos fundamentales, ya que los derechos en sí son un espíritu sin fuerza (1999, pág. 103).

Además, PECES-BARBA señala que el Poder se sitúa entre ambos conceptos, y ello permite que el Derecho se encuentre en un nivel superior del Ordenamiento y que ello permita que la moral no se quede en un plano meramente abstracto. Para ello, el Poder cobra un papel relevante, ya que éste permite que el Estado cree mecanismos eficientes que permitan que la moralidad que inspiran a los derechos fundamentales sea plasmada en la realidad y sus constantes cambios, adaptando las normas y convirtiéndolas en un Derecho positivo que oriente la vida social del hombre. Pues así, para el autor la concepción de moralidad implica una adaptación de la moral humanista de la libertad y dignidad con el mundo moderno; y esta a su vez, con una concepción política que viene a asumir esos valores morales para que sean plenamente visibles en el Estado de Constitucional, convirtiéndolos en derechos políticos;

por consiguiente, a esta condición se podría considerársela como la moralidad legalizada (1999, pág. 105).

Ahora bien, cabe recalcar que los derechos fundamentales no alcanzas su máximo esplendor con la mera positivización; sino que al tener un status jurídico logran entrar en una dinámica de desarrollo, interpretación y aplicación que afectara al propio sentido y a las funciones del mismo derecho (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, pág. 106), de aquí su gran importancia. Por tanto, dicha positivización permitirá que los derechos fundamentales tengan un mecanismo eficaz por el cual puedan materializarse y garantizarse en pro de todos los ciudadanos, sea individual o colectivamente.

En este punto, debemos señalar la labor que cumple el poder político en la concreción de los derechos fundamentales, ya que dicha abstracción resulta ser una de las manifestaciones de la democracia en un Estado Constitucional que permite a los ciudadanos en general, las instituciones públicas y privadas generar un consenso respecto a qué valores morales son prioridades elementales de todo ser humano, por ello tal como manifiesta el autor, la clave para entender el concepto de los derechos fundamentales es la *“medición política entre la moral y el Derecho”* (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, pág. 107).

Hasta aquí, se puede tener una noción de derechos fundamentales a la luz de la relación entre moral y el Derecho, pero para entender la razón y la función de ellos, Gregorio Peces-Barba indica tres aspectos a tener en cuenta (1999, págs. 109, 112):

- i. Los derechos Fundamentales como tales serian una suerte de pretensiones morales justificadas; orientadas a hacer más accesibles la autonomía e independencia personal en tanto están inspiradas en ideas como la libertad, dignidad e igualdad y matices derivados como la solidaridad y seguridad jurídica. Para eso el contenido de los derechos debe ser de carácter generalizable independientemente de la condición del titular (sea mujer,

hombre, administrado, etc.) y éste pueda ser calificado como hombre o ciudadano.

- ii. Los derechos fundamentales funcionan como un subsistema dentro del mismo sistema jurídico, entendiéndose ello como el Derecho de los derechos fundamentales; lo cual significaría que esa pretensión moral justificada sea plasmada en normas jurídicas que le otorgue el estatus de obligación jurídica a ser respetada, razón por la cual se crea en ella un atributo de garantía o protección estatal.
- iii. La efectividad de los derechos fundamentales dependerá de las condiciones de la vida social; es decir de factores sociales, políticos, económicos o culturales adecuados a determinados tiempos conforme avanza la vida moderna, por ende, los valores adoptados irán modificándose teniendo en cuenta la moralidad y la justicia en la medida que estos dos aporten en su validez y legalidad.

Teniendo clara estas premisas, las funciones de los derechos fundamentales serán visibles en tres sentidos:

- i. Como norma básica de identificación de las normas
- ii. Como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.

El primero, que exigirá ineludiblemente el análisis de los destinatarios; es decir sí las pretensiones morales planteadas corresponden a derechos del hombre en abstracto (como el derecho a la igualdad), derechos del hombre concreto (como derechos por categorías que permitan una identificación por su condición social o cultural, ejemplo: discapacitados, o trabajadores, padres, entre otros) o si corresponde a derechos de grupos o colectivos (como el derecho a la libertad religiosa, derecho de asociación, de peticiones colectivas) y finalmente de derechos individuales que pueden ser de grupos (como la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones, el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva) (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, págs. 413-429).

Y el segundo sentido, que implica que los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretende regular la vida social del hombre a través del Derecho, creando una esfera o ámbito de desarrollo y protección para los titulares de esos derechos, la “libertad” concebida como garantía de la persona. Sin embargo, esta libertad o moralidad pública justificada por medio de la positivización puede verse confrontada en muchas ocasiones con una moralidad privada justificada; es decir derechos individuales del hombre enfrentados con derechos colectivos o individuales que puedan desenvolverse en derechos de grupos –frente a los cuales la doctrina ha señalado algunas formas que podrían hacer frente a esta situación, aunque sin ningún conceso aun en esta discusión y que será materia de análisis más adelante- presentándose así una dimensión aun oscura respecto a la correcta interpretación y solución a este conflicto.

Pues bien, en este último sentido es donde cabe señalar que en primer orden, de acuerdo al paradigma de Estado Constitucional será labor del órgano judicial recurrir a la norma constitucional y en caso no pueda desprenderse una interpretación adecuada del texto constitucional, será labor del Tribunal Constitucional que en calidad de supremo intérprete dará un análisis al respecto cuidando no invadir aspectos propios de otros poderes o dar una interpretación que se aleje de la norma material, siendo un trabajo riguroso y que en muchas ocasiones no asegura una interpretación integral, siendo a veces contaminada con interés políticos.

Por estas razones, los derechos fundamentales cumplan una función subjetiva muy importante a la hora de determinar sus propios alcances y limites, pero que a criterio de Peces-Barba podría aplicarse métodos como el consenso y disenso de las pretensiones morales públicas y privadas, respetando la moral privada de cada uno a fin de que los derechos cumplan con una función garantizadora (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, pág. 424) ante presiones o determinaciones del Estado.

Sobre este punto en particular, no nos encontramos de acuerdo, pues adoptar esta regla como absoluta podría abrir campos en los cuales en nombre de las

pretensiones morales privadas se comentan abusos de derecho solo con la finalidad de evadir situaciones que afecten severamente el interés social y la seguridad jurídica, abriendo puertas a tergiversaciones de instituciones jurídicas que lleguen a vulnerar en igual o mayor medida derechos fundamentales de la colectividad y de otros individuos; y es sobre esta problemática a la cual nos referiremos en los siguientes capítulos para desarrollar el derecho a la Verdad y el interés público como derechos de grupos frente a derechos individuales en la mecánica de la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, en el marco de un proceso judicial acorde al paradigma de Estado Constitucional.

Por ello, resumiendo las funciones que los derechos fundamentales ejercen a criterio de PECES- BARBA son: (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, pág. 421)

- i. Sirven para identificar normas abstractas, subjetivas y puedan materializarse a través de su positivización, convirtiéndolas en normas básicas o materiales.
- ii. Cooperan a la hora de determinar otros derechos fundamentales que podrían estar implícitos o no dentro de otros derechos; siendo ello en primer orden que el legislador sepa delimitar estas separaciones y que los jueces sepan interpretarlos.
- iii. Ante posibles antinomias, lagunas o excesos de las normas, los derechos fundamentales podrían delimitar a otros derechos fundamentales en cuanto a su alcance (PECES-BARBA MARTINEZ, 1999, pág. 421)¹.
- iv. Los derechos fundamentales servirán como garantía del Estado para cumplimiento de la Constitución Política, sea al momento de crear las normas, al momento de interpretarlas y aplicarlas.
- v. Sirven como directriz esencial para el desarrollo del poder legislativo y su adecuada interpretación legislativa, de modo tal que el legislador procure la

¹ Por ejemplo, el profesor Peces-Barba plantea que ante la objeción de conciencia de los médicos frente a la despenalización del aborto, el intérprete de la Constitución deberá analizar que esta objeción de conciencia se encuentra inmersa en el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa, lo cual definirá las obligaciones que se deriven de su actuar o no.

uniformización e integración de las leyes para que puedan ser interpretadas por el poder judicial de manera adecuada, evitando lagunas y antinomias.

- vi. Tienen una función procedimental, pues estos derechos no solo servirán como norma material sino también para limitar procedimentalmente la aplicación de las leyes que contengan derechos fundamentales o que puedan limitarlos en alguna medida.

Ahora bien, una postular similar pero no por ello menos importante, es la del profesor RAFAEL DE ASIS ROIG, quien señala la repercusión de los derechos fundamentales sobre los ordenamientos jurídicos, sosteniendo dos perspectivas: una concibiéndolos como un sistema de garantías y otra como interpretación jurídica (2005, págs. 20-29).

El primer precepto estará encauzado a la protección específica de derechos y su adecuado desarrollo en interpretación dentro marco jurídico; donde podríamos encontrarnos con cláusulas garantizadoras como el *contenido esencial del derecho*, hecho que en la práctica ha tenido serias discusiones ya que si bien significa reconocer y dotar de contenido a un derecho para limitarlo no ha evitado que se puedan generar transgresiones al mismo derecho que se pretende proteger, pues el rol de los derechos fundamentales como normas básicas o materiales es la construcción de criterios de validez de la norma y por ende al delimitar el contenido de un derecho hace que todo el ordenamiento jurídico adapte su validez de acuerdo a los criterios manejados por este contenido, por ello es que esta labor debe ser de profundo análisis del intérprete constitucional así también como de todo operador de derecho para la correcta protección de derechos tomando en consideración la dinámica y abstracción que ello requiere, asumiendo el control de constitucionalidad con el máximo cuidado.

El segundo precepto está enfocado a interpretar los derechos fundamentales visualizándolos como enunciados básicos o materiales pero que poseen una amplitud de posibles interpretaciones, más si se genera un campo de discrecionalidad para el órgano judicial que en la práctica genera errores en el

ordenamiento jurídico que afectan a toda la sociedad, por ello el rol del Tribunal Constitucional es delimitar con mucha cautela cuando se habla del contenido esencial de un derecho, pues ello también generara obligaciones y prohibiciones a ser respetadas por el Poder Judicial y para todo el Estado en general.

Pues bien, en este contexto el autor también se adhiere a la Teoría Dualista de Peces-Barba sobre rescatar el aspecto subjetivo de los derechos -propio de la concepción iusnaturalista- y por otro lado se sostiene con la importancia de los derechos dentro del ordenamiento jurídico –postura positivista-, generando la dimensión en la cual la moral y el derecho deben estar conexos para tener un modelo que garantice efectivamente la garantía a los derechos fundamentales; esta relación actúa de manera dinámica e integral permitiendo que las pretensiones morales cobren vitalidad a través de la norma, justificándola y estableciendo la esfera de desarrollo de los derechos de cada sujeto.

Asimismo, tenemos que JOSE DELGADO PINTO, señala que los derechos humanos no solo dependen de un contenido moral, sino más bien que pueden ser entendidas como “exigencias de justicia, formulables como derechos de individuos y grupos, que en cada momento histórico se considera que deben quedar reconocidos en la Constitución de una comunidad jurídica sustrayéndose al arbitrio del poder ordinario de gobierno” (DELGADO PINTO, 1989, págs. 136-137); y que no pueden ser limitados a los poderes del Estado, sino más bien que su existencia ya de por si les otorga el papel de fundamentales; y que debe ser reconocidos en la Constitución pues de no hacerlo estaríamos hablando de un Estado injusto; de ese modo se defiende a los derechos humanos y otorga una trascendencia más allá del manejo de los gobiernos.

Por otro lado, para ANTONIO PEREZ LUÑO, existe un estrecho lazo de interdependencia genética y funcional entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (PEREZ LUÑO, 1984, pág. 19) pues para ser efectivamente un Estado Democrático es preciso garantizar efectivamente los derechos fundamentales y, para que ellos se desenvuelvan de acuerdo a la sociedad, es

necesario que se encuentren amparados en un marco que articule sus órganos y normas.

Además, el referido jurista señala los derechos fundamentales pueden ser entendidos desde dos dimensiones (PEREZ LUÑO, 1984, págs. 22-26): una *dimensión subjetiva*, referida a la eficacia de estos valores en las relaciones entre particulares, en tanto que tutelan la libertad, igualdad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente a los órganos de poder, sino también entre todos y cada uno de los ciudadanos; y por otro lado, una *dimensión objetiva o institucional* donde su funcionamiento y aplicación aseguran la persecución de los fines y valores consagrados en la Constitución, lo cual supondrá un elemento esencial para el establecimiento de un ordenamiento jurídico que delimite un marco de Estado Constitucional.

Para ROBERT ALEXY, el Estado Constitucional democrático en relación a los derechos fundamentales, se caracteriza por tener seis principios fundamentales que deben verse reflejados en su Constitución: La dignidad humana, la libertad, la igualdad, y los *principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social* (ALEXY R. , 2003); asimismo, señala que estos derechos fundamentales se encuentra en 4 posiciones en el sistema jurídico:

- La primera posición que los ubica en un *máximo rango*, debido a que los derechos fundamentales se encuentran en la escala superior al ser regulados por la Constitución.
- La segunda posición, ubica a los derechos fundamentales como un *máxima fuerza jurídica*, pues la Constitución vincula estos derechos directamente con la legislación vigente, y consecuentemente, genera la exigencia de respeto por parte de cualquier órgano estatal, incluido el Ejecutivo, Judicial y el Legislativo; de modo tal que deberá extenderse un control sobre los actos de estos poderes a fin de guardar conformidad con la Constitución.

- En la tercera posición, los ubica como *máxima importancia del objeto*, mediante la cual permite dilucidar el contenido esencial o fundamental del derecho.
- Y, como cuarta posición, los derechos fundamentales se ubican como *máximo grado de indeterminación*, la cual permite que estos derechos sean empleados ante vacíos o antinomias del derecho; pues como lo señala el autor “*Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación*” (ALEXY R. , 2003); ya que de la identificación de ellos y el deber de resguardarlos, los operadores del derecho se ven en la obligación de aplicar las medidas que vayan de acuerdo a la interpretación de los derechos que garantice su vigencia y validez en el ordenamiento jurídico.

En esa línea, estas posturas aportan una vital relevancia a la hora de entender los roles o funciones del Estado Constitucional en relación a los derechos fundamentales, ya que la última posición estaría enmarcada en la exigencia de interpretar los derechos fundamentales más allá de los dispositivos legales existentes y que pudieran no garantizar efectivamente a los derechos fundamentales; e incluso en casos de existir conflictos que requieran un mayor análisis por parte de los operadores del derecho; lo cual sin duda guarda relación al planteamiento de la aplicación de un modelo de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales que plantearemos en los capítulos siguientes.

Y finalmente, para NORBETO BOBBIO, el fundamento de los derechos fundamentales se encontraría en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1948, siendo ello una muestra de un sistema de valores *humanamente fundado* (MURGUERZA, 1989); es decir, sería la “*prueba del consenso*”

general acerca de la validez” de los derechos fundamentales. Este consenso sería el resultado de tres cambios o evoluciones en el modo de fundar los derechos humanos, siendo el primero la deducción de estos valores a raíz de datos objetivos, como es la naturaleza, que al darle el carácter de inherente a los derechos humanos - como por ejemplo la libertad o dignidad- ; el segundo fundaría estos valores dependiendo del momento histórico en el cual se hallasen, y el tercer modo, cuando se justifica los valores en un consenso, por ejemplo el *carácter no absoluto de los derechos fundamentales*; característica que trataremos a continuación.

4.1. Carácter no absoluto de los derechos fundamentales

Para lograr delimitar el carácter no absoluto de los Derechos fundamentales, debemos remitirnos a las palabras del maestro LUIS FERRAJOLI cuando señala un concepto *formal* de derechos fundamentales, reconociéndolos como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto son dotados del status de personas, siendo este status el que permite a todo ciudadano estar adscrito por una norma jurídica para su protección respecto a obligaciones y a no sufrir lesión alguna; de esta forma esa norma jurídica será un requisito para su idoneidad y el reconocimiento como titular de derechos ante situaciones jurídicas (FERRAJOLI L. , pág. 37).

Sin embargo, este concepto es señalado como simplemente teórico, puesto que debe analizarse que la universalidad de estos derechos no siempre puede llegar a ser absoluta (FERRAJOLI L. , pág. 39) sino que será relativa en cuanto a que dependerá de los argumentos que se tengan como fundamento en el ordenamiento jurídico, lo cual estará íntimamente ligado con los criterios que se manejen por los Estados y lo cual será una muestra clara de la función de la democracia dentro del paradigma de Estado Constitucional.

Adicional a esto, se tiene que todas las normas y principios rigen de igual forma sobre todos los individuos por principios de seguridad jurídica, del derecho a la prueba y sobre la base de la garantía del debido proceso; es en ese sentido que si ubicamos esta problema bajo la óptica del Garantismo constitucional; podemos ver que FERRAJOLI advierte dichas situaciones en dos de sus tesis:

La primera postura fundamenta a los derechos fundamentales con dimensión sustancial y formal (referidas a las expectativas de igualdad jurídica de la colectividad); en tanto que la segunda tesis concibe a los derechos fundamentales como garantías primarias (obligaciones de prestación o prohibiciones) y garantías secundarias (obligación de reparar y sancionar judicialmente la lesión de los derechos.)

En base a ello, el jurista italiano plantea cuatro formas para entender a los derechos fundamentales como garantías primarias, entendidos desde el paradigma de Estado Constitucional, de la siguiente forma (FERRAJOLI L. , págs. 40-43):

- i. Entenderlos y diferenciarlos en cuanto a su estructura en derechos fundamentales que pertenecen a clases enteras de sujetos y derechos patrimoniales pertenecientes a cada uno de los sujetos con exclusión de todos los demás.
- ii. Poseen una dimensión *sustancial* que responde a los intereses de todas las personas y que como tal son el sustento y parámetro de la igualdad jurídica en democracia.
- iii. Los derechos fundamentales poseen un carácter supranacional, puesto que repercuten no solo en los ordenamientos jurídicos de cada Estado sino que además sirven de base o directriz esencial para los órganos jurisdiccionales supranacionales, independiente de que cada Estado también reconozca los derechos en su marco jurídico interno, respetando siempre si ellos se hayan suscrito a convenciones

internacionales lo cual representara limites externos, y manifestándose nuevamente una democracia pero esta vez de tipo internacional.

- iv. Los derechos fundamentales concebidos en la relación de derechos y garantías; entendiendo a ellas como garantías primarias las que corresponden a un ámbito positivo de prestación de obligación y garantías secundarias como prohibiciones ante posibles lesiones; y que en circunstancias en las que a veces la carente claridad de unas con otras conlleva a que a menudo estos derechos sean vulnerados, produciendo de esta forma lagunas en las cuales corresponde a la norma dotar de contenido de modo tal que cumplan eficazmente en garantizarlos.

Como hemos podido apreciar, los distintos autores citados reconocen la importancia de los derechos fundamentales y su preminencia ante la norma, sea por el carácter moral o abstracto que lo fundamenta, así como su desarrollo en la interpretación jurídica; hallándose como un complejo sistema de garantías orientadas a tutelar bienes esenciales del ser humano pero que cuentan con sus propios límites, y que el Derecho reconoce como directriz para el desarrollo de su contenido, de forma tal que adecuada a la realidad.

Considerando además que la positivización de estos derechos no condiciona su existencia, sino que solo servirá para hacerlas efectivas y constituir las como un sistema de garantías organizado para el libre desenvolvimiento de los ciudadanos sea de manera individual o colectiva; sea por derechos prestacionales, primarios, positivos o derechos secundarios que implican una prohibición ante lesiones; pero que este conjunto de garantías no está exento de contener antinomias o lagunas como parte del desarrollo del contenido esencial de cada derecho, para lo cual no existe aún un conceso sobre qué mecanismo debería utilizarse al respecto, algunos opinan adoptar criterios de consenso y descenso, el uso, jerarquía, especialidad, entre otros, pero sin duda uno de los mecanismos

que podría ser el más objetivo es la Ponderación, mucho más si en materia de derechos fundamentales debe analizarse al detalle cuando vemos derechos confrontados; analizando la naturaleza de cada uno de ellos, sus alcances, límites así como las consecuencias legales que ello derive no solo a un caso concreto, sino en el cambio que ello podría generar en el Ordenamiento jurídico tanto interno como sus implicancias con los ordenamientos supranacionales.

Es así, que la postura del Maestro Ferrajoli considera a través de la óptica del Garantismo Constitucional, que implica necesariamente tomar en cuenta las manifestaciones de la democracia, que en ese sentido serían los poderes del Estado con su carácter protector a los derechos fundamentales, pero que lamentablemente en la práctica vemos que no necesariamente es un reflejo de ello y es más sometido a interés políticos particulares más que colectivos.

También, el TC ha señalado en el EXP. N.º 976-2001-AA/TC, el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, y sobre todo la distinta eficacia que ello significaría, pues *según el supremo interprete*:

*“(...) los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones **inter privados** cuando esos derechos subjetivos vinculan, y por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad (...).”*

4.2. EL ROL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL CARÁCTER NO ABSOLUTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La interpretación constitucional debe ser entendida en el marco de la *constitucionalización* del derecho, en el cual no bastan los imperativos de la

norma, sino también el análisis sobre el fondo de éstas en armonía y respeto a los derechos fundamentales.

Esta interpretación constitucional se constituye como una labor o actividad lógica – racional realizada por el órgano jurisdiccional e incluso por todo operador del derecho sobre el análisis de la ley, sin embargo eso no conllevará a las mismas consecuencias a la hora de determinar la validez o invalidez de las normas, pues como bien hemos desarrollado, determinar la invalidez de ellas solo corresponderá a la función jurisdiccional.

Al respecto, CAPELLETTI señala que “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del grado de la fuerza creadora o de las autolimitaciones” (1984, pág. 629).

5. CONTROL CONSTITUCIONAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Para el profesor JOSÉ RODOLFO ARTURO VEGA HERNÁNDEZ señala que:

“las resoluciones pueden ser: de inadmisibilidad del recurso, estimatoria y desestimatoria. Cuando existen leyes, actos que van contra el ordenamiento jurídico y especialmente contra la Constitución, el dictado de la resolución conlleva unos efectos de acuerdo al sistema de control implantado, por ello observaremos algunos ejemplos.

Un control por órgano de carácter judicial, puesto que éste es establecido al efecto y tiene como función la de declarar de oficio o a petición de parte (particulares) o de órganos públicos legitimados, cuando una ley o un acto son contrarios a la Ley Fundamental, produciendo una anulación absoluta de los mismos, sirve de ejemplo España, con su Tribunal Constitucional de creación ad hoc, dejando a un lado los tribunales ordinarios.

Se confía la función de control al propio Poder Judicial que además de su competencia propia tiene una competencia especial. El caso de México, es un ejemplo de digna consideración, pues son los tribunales judiciales los que están facultados para ello, pero no exactamente la ordinaria “local o estatal”, sino la de carácter federal. La respuesta es lógica dada la independencia e imparcialidad de los jueces federales o ministros de los tribunales.

En este tipo de control, generalmente no son las propias autoridades a quienes compete la petición de inconstitucionalidad de una ley o un acto, sino a la persona física o moral afectada por la violación. Se plantea una controversia judicial que se da entre el gobernado agraviado y la autoridad responsable del acto o ley violatorias. Además, sus efectos sólo son en relación con el sujeto petionario en particular, nunca absolutos” (VEGA HERNÁNDEZ, 2005, págs. 141-143).

En ese mismo sentido, para GUMESINDO GARCÍA MORELOS (2005 , págs. 79-80), los jueces ordinarios ahora deben acudir a una técnica amplia y operativa del desarrollo de los derechos, armonizando las normas procesales con respuestas satisfactorias, haciendo valorizaciones de acompañamiento de las normas ordinarias con las normas jurídicas de contenido de derechos fundamentales.

Anota este autor que “no es suficiente una magistratura y garantías jurisdiccionales para el resguardo de los derechos fundamentales. Es necesario potenciar sus interiores, adaptarlos de manera permanente a los constantes cambios de las sociedades. Hemos de insistir en estos argumentos dialécticos. No sólo las declaraciones constitucionales de derechos son operativas. Ello se traduce en la operatividad de las garantías, su despliegue ante lagunas u oscuridad legislativa, lo que se transforma en una actividad pretoriana, de creación, de función integradora de la norma legal. No pretendemos optar por un sistema de tiranía judicial, lo cual se encuentra muy lejos de realizarse. En cambio, los otros poderes han demostrado a lo largo de nuestra historia sus

constantes excesos. Los tribunales se encuentran distantes de esos contornos, ya que su tarea constitucional se basa en la razón del Derecho, en el control de sus resoluciones, en la publicidad de sus sentencias. La justicia se debe hacer ante los ojos del pueblo”.

Finalmente, VEGA HERNÁNDEZ, en pensamientos sencillos referidos al Control Constitucional, refiere que: “es aquel régimen que tiene por finalidad específica invalidar los actos de autoridad y leyes que sean contrarias a la Constitución. Los sistemas son diversos, destacando el político y los jurisdiccionales que suelen ser los más utilizados en la actualidad. Basándose en el principio de legalidad, el control ordinario o control de legalidad desde una perspectiva constitucional, cumple con eficacia para regular las actividades de la administración que deben estar dirigidas a satisfacer el interés jurídico. “El control final de leyes y actos viene dado por el control de legalidad apegado a la jerarquía de la norma suprema” (2005, pág. 151).

María Amparo Hernández Chong Cuy sostiene que “diseñar e introducir un sistema de Control Constitucional no esta tarea sencilla, es una tarea delicada y compleja. Requiere de mucho análisis, pero, sobre todo, de mucha reflexividad. Reflexividad que se opone categóricamente al impulsivo o cómodo ejercicio de clonación legislativa. Ojalá que las legislaturas estatales que ahora ponderan el Control Constitucional local como una posibilidad sería de reforma, ejerzan su delicada y trascendental tarea con toda la sobriedad, profundidad y entusiasmo que ésta temática exige.

Y agrega que “en el diseño de un sistema de Control Constitucional estatal no basta involucrar únicamente los elementos jurídicos. Es necesario un ejercicio concomitante y no jurídico por parte de los legisladores. ¿En qué consiste este ejercicio y por qué es imprescindible? Consiste en ponderar, a la par que se bosquejen los posibles diseños del futuro sistema de Control Constitucional local, cuál será la funcionalidad en el plano operativo, en el plano de los hechos, de esos posibles diseños, en atención, precisamente, a las circunstancias culturales y políticas imperantes en que dicho sistema habrá de desenvolverse.

Esto se traduce en que el legislador, al momento de confeccionar su diseño sistemático, tome en cuenta qué es lo que la gente, el común de la gente, cree u opina respecto a las autoridades a las que se estudia la posibilidad de otorgar la facultad de controlar a las demás (circunstancias culturales). Las exigencias mínimas de un sistema de Control Constitucional. Y para ello, la solución radica en dos cosas: primero, que el legislador adopte una visión y concepción integral y sistémica de Control Constitucional, y segundo, que desde esa perspectiva identifique los factores culturales a superar y previo a la introducción o vigencia del sistema de Control Constitucional, tome las medidas legislativas o políticas tendentes a superar esos factores o evitar que estos sean obstáculos para eficacia del sistema por arrancar” (HERNÁNDEZ CHONG CUY, 2005, págs. 91-92).

El Juez, como ya lo hemos indicado antes, no puede negar la protección de los derechos que le son solicitados escudándose en la ausencia o la deficiencia de la normativa vigente, o de considerarse inhibido y de apartarse para no juzgar. Por lo que, los derechos, hoy, deben ser tutelados por los jueces y tribunales, aunque esos derechos no aparezcan reconocidos en la ley, cediendo así el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de medición (Principio de Constitucionalidad) (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 39). Y ese desafío sólo podrá tener éxito, en la medida que jueces y tribunales asuman su nuevo rol y su nueva responsabilidad, como principales protectores de los derechos fundamentales (vía la interpretación jurídica de la norma o regla adecuada tanto al caso como al ordenamiento) (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 133), ya sea en “*casos de rutinas o críticos*” (ZAGREBELSKY, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 1999, pág. 139), olvidándose, claro está, de su antiguo papel, de simples y mecánicos aplicadores de la ley.

Así las cosas, y volviendo nuevamente al rol del Control Constitucional, Diego VALADÉS, citado por CANOSA USERA (2013: 253) señala que “por definición controlar el poder es un acto de poder”. Y por ello, se dice que es tautológico

afirmar que “controlar el cumplimiento de la Constitución es un acto de poder” (LOPEZ FLORES, noviembre 2016), en tanto que el control constitucional se establece como una suerte de decisión política en la cual se desarrolla la labor interpretativa constitucional.

Es así que LÓPEZ FLORES señala que el control constitucional, como acto de poder, discurre a través de la interpretación constitucional. En ese sentido, compartiendo plenamente el parecer de Blume Fortini, LÓPEZ FLORES afirma que la interpretación constitucional es consustancial al análisis de constitucionalidad. Le es inherente. Forma parte de aquel, al punto que “no puede haber análisis de constitucionalidad sin interpretación constitucional”.

En ese sentido, el intérprete constitucional asume la labor de buscar y evaluar que las disposiciones analizadas sean compatibles con la Constitución Política. Por ello, es importante considerar que la interpretación constitucional es una actividad instrumental necesaria o mecanismo imprescindible para realizar el control Constitucional.

En ese sentido esta búsqueda de sentidos a la norma en el control constitucional, innegablemente conducirá al intérprete a analizar e intentar resolver las antinomias legales que en todo sistema jurídico surge, debiendo determinar la validez de las normas – y su vigencia- o establecer la invalidez de las mismas – y su consecuente inadmisión y expulsión del ordenamiento jurídico-.

Un ejemplo claro de cómo el interpretar el espíritu constitucional de la norma es inherente a la hora de realizar un control constitucional– o más preciso, un modelo de control constitucional reconocido por el supremo intérprete- lo podemos apreciar el fundamento 12º de la Sentencia N° 002-2009-AI/TC:

“(…) al Tribunal Constitucional le corresponde realizar una interpretación de los distintos significados de la norma impugnada para establecer si al menos una de ellas es conforme a la Constitución, antes de declarar su inconstitucionalidad literal. De modo que, a menos que una interpretación del artículo impugnado del ALC PERÚ-CHILE sea

compatible con el artículo 54° de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad cederá a la declaración interpretativa conforme a la Constitución. Por ello, es pacífico en la jurisprudencia constitucional que no toda declaración de inconstitucionalidad acarree la nulidad de la disposición normativa, no obstante no ser compatible con la Constitución, sino que requerirá para mantener su vigencia una interpretación de ser posible conforme a la Constitución.(...)”

Como vemos, el TC ha reconocido el valor de la interpretación constitucional a la hora de aplicar el control constitucional, a fin que a lo largo del proceso interpretativo se pueda abstraer diversos sentidos de la norma y que, de todos ellos, el intérprete deberá elegir la que sea más compatible con lo dispuesto en la Constitución. Solo en caso que la interpretación sea insalvable y contraria a la Carta Magna, se tendrá que optar por la inaplicación de dicho dispositivo y; solo para el caso particular del órgano jurisdiccional, se podrá optar por invalidar y no admitir dicho sentido de la norma, de conformidad al segundo párrafo del Artículo 138° de la Constitución Política peruana.

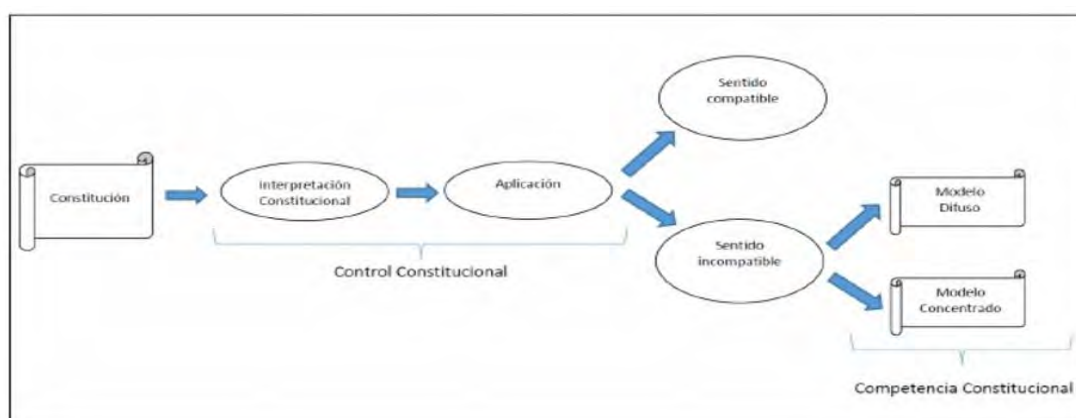
De igual forma, el TC ha determinado en el fundamento 2°, de la Sentencia N°0004-2004-AI/TC, que:

“(...) La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204° de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido (...)” (subrayado Nuestro).

Es así, que la interpretación constitucional adquiere un papel de vital importancia a la hora de examinar la validez e invalidez de una norma, constituyéndose de por sí, este proceso analítico como un control constitucional.

En este punto, es necesario resaltar lo sustentado por el profesor LUCIANO (LOPEZ FLORES, noviembre 2016, págs. 111-114), cuando señala el siguiente grafico en relación a la interpretación Constitucional y el control Constitucional:

CUADRO N° 1.
CONTROL CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL



Fuente: Dr. Luciano López F.

Así, comentando el gráfico anterior, LÓPEZ FLORES señala lo que textualmente reproducimos a continuación, a pesar de su extensión:

“Véase en este gráfico que es la disposición constitucional [el] objeto de interpretación, claro está, suponiendo que aquella será materia de contraste con determinada disposición legal. Fruto de dicho contraste se obtendrán diversos resultados interpretativos que pueden aplicarse en la realidad. Algunos tendrán sentidos “compatibles” con la Constitución y otros no. Ello supone, en consecuencia, que al realizar la labor de interpretación el operador debe colocar sobre la mesa diversos sentidos interpretativos de los cuales escoge aquel que sea “conforme” con la Constitución. Así, como bien conversaba sobre esta tesis con el Profesor Renzo CAVANI, la labor del intérprete de explorar diversos sentidos interpretativos como consecuencia del contraste de la norma

constitucional con la legal es lo lógico y adecuado. De allí que indudablemente, si luego de practicar diversos sentidos interpretativos no existe ninguno que “salve” la disposición de la “incompatibilidad” constitucional (término que eligió el profesor Edward DYER en una conversación sostenida sobre esta misma tesis), ese sentido incompatible es el que conlleva a que el intérprete tome una decisión, siempre y cuando goce de competencia constitucional para hacerlo y que, además, esté en la vía orgánica adecuada para practicar tal competencia. Aquí es donde entran a tallar los modelos de control constitucional denominados “difuso” o “concentrado”.

Es importante advertir que estos modelos han sido hartamente estudiados en la doctrina nacional y comparada, fundamentalmente, en lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad. Así, en el caso del modelo difuso, el efecto de considerar que una norma legal sea incompatible con la Constitución determina su inaplicación al caso concreto, mientras que en el caso del concentrado la consecuencia es la derogatoria de la disposición con efectos generales, expulsándola del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la operatividad que muestra el gráfico anterior ha sido un aspecto que no encuentro claramente plasmado en nuestra doctrina y, menos aún en la jurisprudencia constitucional, pese a que existen planteamientos conceptuales que seguidamente voy a citar.

En efecto, considero que la carencia de claridad en esta operatividad funcional de la relación de interpretación-control constitucional es la que motiva el riesgo de confundir conceptos que he trabajado en las líneas precedentes y que, para evitar tal confusión, conllevan a considerar lo siguiente: la declaración de inconstitucionalidad importa, siempre, un ejercicio de interpretación constitucional y, por ende, de control de constitucionalidad. Sin embargo, a pesar que un ejercicio de

interpretación constitucional importa, siempre, un acto de control constitucional, no necesariamente su resultado conduce a una declaración de inconstitucionalidad. Es decir, en éste último caso, no siempre el control constitucional conducirá al ejercicio del control difuso o concentrado (dependiendo del modelo empleado) puesto que para ello se requiere dos cosas: desde el punto de vista instrumental, que no sea posible lograr un sentido interpretativo compatible con la Constitución y, además, desde el punto de vista orgánico o funcional, que si el operador se encuentra frente a un sentido incompatible, debe contar con la competencia constitucional para aplicar el modelo difuso o concentrado, según sea el caso.

De acuerdo a lo anterior tenemos, entonces, que sí existe una clara distinción entre el control constitucional (que presupone la interpretación constitucional) y el control difuso de constitucionalidad, puesto que éste último se ejerce sólo cuando la incompatibilidad con la Constitución es manifiesta”.

Todo este análisis, sin duda, da pie a poder advertir la creación de modelos de control constitucional en base a la competencia del intérprete y del resultado del compatibilidad o incompatibilidad que encuentre haciendo uso de instrumentos jurídicos como, por ejemplo, el análisis de la admisión de la prueba “ilícita” o “prohibida” de cargo.

Es así que lo expuesto nos sirve de base angular para señalar que dentro de la jurisdicción constitucional, es posible adoptar este posible modelo teórico de interpretación constitucional para poder analizar los dispositivos legales vigentes respecto a la prueba ilícita, y, haciendo uso de este razonamiento, poder establecer un modelo conceptual -en el cual si el intérprete llegase a encontrar un sentido compatible con la Constitución- podría ser aplicable la admisión de

una prueba ilícita en un caso en concreto, tal como lo plantearemos más adelante.

6. EL ROL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA PONDERACIÓN DE INTERESES

Para la ponderación de intereses, en las palabras de LUIS PRIETO SANCHIS, es necesario *“buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”* (pág. 212) y es en esta búsqueda, es que a lo largo del desarrollo del Derecho se ha utilizado diversas técnicas jurídicas para enfrentar conflictos constitucionales, no existiendo actualmente una uniformidad ni menos una técnica concreta que pueda considerarse como regla absoluta para solucionar antinomias de esta naturaleza, pero que si bien han colaborado con el desarrollo normativo y aplicativo de los derechos, tales como los criterios de especialidad, o de uso (costumbre), jerarquía, etc., pero que en ocasiones encuentran una respuesta interpretativa teórica pero que generan inconvenientes a la hora de aplicarlos en casos concretos por la complejidad de derechos que estén inmersos.

En este punto es donde la Ponderación de Intereses o “Balancing test” surge como uno de los mecanismos que procura examinar de manera detallada los principios que inspiran a los derechos constitucionales, sin que ello signifique una respuesta absoluta ante los conflictos constitucionales que podrían resolverse por un criterio de especialidad o criterios de invalidez, pero nunca de carácter categórico para todos los casos.

Incluso, tal como señala el maestro RICCARDO GUASTINI, dentro de los problemas de interpretación se puede apreciar la distinción de disposición y norma, siendo la disposición el contenido textual de la norma y la norma como resultado de la actividad interpretativa las cuales juegan un rol importante a la hora de resolver conflictos interpretativos a través del criterio de especialidad; clasificando las antinomias constitucionales en total/total, total/parcial y parcial/parcial (Ross, Sobre el Derecho y la justicia, 1994, págs. 124-125); pero

en las cuales tal como señala PRIETO SANCHIS, no se puede dar por cerrado el tema ya que el resultado de estas antinomias no conlleva a una argumentación definitiva sobre cuál debe ser la interpretación adecuada para resolver estos conflictos, pues solo significará que:

“(…)al igual que acontece en la antinomia parcial/parcial, en las contingentes o en concreto la contradicción es eventual, no se produce en todos los casos de aplicación; pero la diferencia estriba en que en la antinomia parcial/parcial podemos catalogar exhaustivamente los casos de conflicto, es decir, sabemos cuándo se producirá éste, ya que las normas presentan supuestos de aplicación parcialmente coincidentes que es posible conocer en abstracto, mientras que tratándose de principios la colisión sólo se descubre, y se resuelve, en presencia de un caso concreto, y los casos en que ello sucede resultan a priori imposibles de determinar (…). (PRIETO SANCHIS, pág. 215).

Tomando en cuenta ello, la jurisprudencia peruana, ha recogido y desarrollado ampliamente la necesidad de utilizar la Ponderación de intereses mediante un examen o Test de Proporcionalidad.

En ese tenor, es preciso hacer mención de los tres sub exámenes o análisis realizados y practicados por el TC a lo largo de diversas sentencias entre las cuales destacan las STC 6172-2005-HC/TC (Caso Magaly Medina), STC 007-2006-PI/TC (Caso Calle de las Pizzas), STC 00815-2007-PHC/TC (Caso Flores Llerena), entre otros; resumidas en:

- i. Análisis de idoneidad.- Que implica que “la medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo” (STC 007-2006-PI/TC. Fundamento 37.)
- ii. Análisis de necesidad.- La cual consiste en que la limitación o restricción sea el medio imperativo e indispensable, pues de otra forma no existen otras medidas alternativas que sean eficaces para resolver el conflicto de derechos.

- iii. Análisis de ponderación propiamente dicha.- Consiste en la identificación de derechos constitucionales que se encuentren en conflicto, a fin de evaluar en contenido esencial de ellos y otorgarles un valor con el propósito de evaluar sus implicancias y la gradualidad de cada uno de ellos; de modo tal que se encuentren criterios que permitan sopesar un derecho frente al otro.

De este proceso de análisis, deviene la gran utilidad práctica de la Ponderación de Intereses ante el eventual conflicto entre derechos fundamentales y para determinar la inconstitucionalidad de disposiciones que, a la luz de la aplicación del test resulten “irrazonables”.



CAPITULO II

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LO QUE SE DENOMINA “PRUEBA ILÍCITA” Y/O “PRUEBA PROHIBIDA”

1. BREVE INTRODUCCIÓN PARA EL DESARROLLO DEL PRESENTE CAPITULO

Parte esencial de la presente, es comprender los alcances, tesis y límites de lo que la doctrina viene denominando como “prueba prohibida” y/o “prueba ilícita”, a efectos de poder esbozar un marco conceptual que coadyuve al desarrollo la autonomía del derecho fundamental a no probar un medio probatorio con vulneración a otros derechos fundamentales y al modelo control constitucional de este medio probatorio de cargo, en los capítulos III y IV, respectivamente.

Para ello, es preciso aterrizar en algunas nociones generales sobre la prueba – en sus sentidos subjetivo, objetivo y mixto-, así como la diferencia entre objeto, medio y fuentes de prueba, además del derecho a probar como derecho fundamental, el rol de lo que se denomina “prueba ilícita” y/o “prueba prohibida”, así como de sus efectos propios y los efectos de la regla de exclusión de dicho medio probatorio “ilícito” o “prohibido” de cargo, y finalmente, desarrollaremos algunas tesis sobre la prohibición de prueba con violación a derechos fundamentales que ha considerado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias para el tratamiento de la regla general de “prueba ilícita” o “prueba prohibida”.

2. LA PRUEBA

Etimológicamente hablando, la palabra *prueba* se remonta al término latino “probo”, de bueno, honesto y también del vocablo “*probandum*” referido a aprobar, experimentar. (HERNANDEZ MIRANDA, La prueba en el Código Procesal Penal de 2004, 2012)

A partir de esta noción, se ha tejido un sinfín de conceptos y definiciones desde el punto de vista de diversos autores, por ejemplo CAROCCA (2006, pág. 231) concibe a la prueba como el convencimiento sobre la efectividad de una

afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana, o como también señala otro sector doctrinario (LEVENE, 1993, págs. 565, 566), la prueba suele definirse como el conjunto de actividades destinadas a obtener la certeza judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso. Por ello el fin de la prueba es establecer la verdad a efecto de una justa resolución de la causa, asimismo su objeto reside en mayor parte en los hechos y por excepción en las normas de la experiencia y el Derecho.

Para el maestro BENTHAM (1835, pág. 23), la prueba es un hecho o conjunto de hechos que acredita la existencia o inexistencia de otros hechos, por ello si se presume un hecho como verdadero esta conclusión debe ser consecuencia del proceso de verificación de credibilidad o falsedad de otro hecho.

LINO PALACIO señala con rigor didáctico sobre el significado de la prueba definiéndola como “(...) la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas (...)” (2000, pág. 5).

Por otro lado, ROXIN señalaba que la prueba significaba convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho, concordando con el maestro TARUFFO (2012, págs. 35-36) cuando concibe a la prueba como un resultado del proceso de extracción de inferencias a partir de medios de prueba disponibles, por ello solo estaremos ante un hecho probado solo cuando se extraen con éxito algunas inferencias concernientes a su ocurrencia partiendo de medios de prueba que estén disponibles. Así mismo, el mismo autor señala que: “(...) *La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de! cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre (...)*” (TARUFFO, La Prueba, págs. 41-59).

En esas líneas, respecto a lo que podríamos entender sobre la verdad, encontramos que la búsqueda de la verdad objetiva siempre ha jugado un rol vital a la hora de establecer el marco de las garantías procesales que deben regir para la protección de los derechos fundamentales en el campo de la prueba, siendo que esta búsqueda debe ir acorde a los lineamientos constitucionales establecidos y que suponen un pleno acatamiento a principios esenciales como la igualdad de sujetos procesales en la dinámica del proceso; pero que variara ciertos matices relevantes respecto de la ubicación de esta prueba, es así que la prueba penal por ejemplo ira a determinar la existencia del hecho delictivo, así como la identidad de sus responsables, dándose ante la pluralidad de estas pruebas la consecuente confrontación de elementos que permitirán al juez tomar una decisión imparcial y objetiva, apreciando y valorando todos los aportes probatorios de las partes y de los sujetos procesales que pudieran intervenir.

En el mundo del Common Law la prueba como medio se la denomina como “*evidence*” y el resultado de ella es singularizado como “*proof*”, admitiéndose a la prueba judicial como todo aquello que permita acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado y que, tras un proceso mental de análisis, está destinada a producir una persuasión sea afirmativa o negativa acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho.

Tras todo lo mencionado, se puede concluir de manera genérica que, bajo el carácter instrumental de la prueba, puede ser concebida como el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios autorizados por ley, encaminados a generar la íntima convicción de la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad de los hechos que hayan sido afirmados o imputados por las partes

3. EL DERECHO A LA PRUEBA EN SENTIDO SUBJETIVO Y OBJETIVO

Ahora bien, debemos señalar tres aspectos conceptuales muy interesantes planteados por Edith HERNANDEZ MIRANDA (2012, págs. 422-425) ha

considerado para delimitar a la prueba como institución jurídica procesal, tales como:

- i. **Aspecto Objetivo.-** Considerando a la prueba como medio que sirve para llevar al juez al conocimiento de los hechos; es decir, como un mero instrumento que se utiliza para llegar a conocer la certeza judicial, abarcando toda actividad relativa a la búsqueda y obtención de fuentes de prueba que serán introducidas al proceso.
- ii. **Aspecto Subjetivo.-** Es el procedimiento abstracto de equiparar la prueba al resultado que se obtiene de esta; en otras palabras, la prueba viene a ser el convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez, siendo este el resultado de la actividad probatoria.
- iii. **Aspecto Mixto.-** Esta apreciación que fusiona el criterio objetivo al subjetivo consiste en definir a la prueba como el conjunto de motivos y razones que nos suministra el conocimiento de los hechos, tomando a estos para los fines del proceso.

4. OBJETO, MEDIO Y FUENTES DE LA PRUEBA

Centrándonos en el objeto de prueba, tenemos que esta noción, tal como se entiende del trabajo de la profesora LEDESMA NARVÁEZ (LEDESMA NARVÁEZ, 2009, págs. 322, 421, 429), en materia probatoria debe distinguirse entre actos de demostración y actos de verificación; en los primeros, se incluyen los originados por las partes, y en los segundos los provenientes de la iniciativa el juez, aunque al final tanto los unos como los otros confluyan en un solo punto, es decir, probarse los hechos que se alegan.

Por otro lado, tal como lo señala DEVIS ECHANDIA (DEVIS ECHANDIA, págs. 178-179) responde a *qué podría probarse*, es decir puede ser susceptible de demostración histórica y no solamente lógica, como los hechos materiales o psíquicos y o que puede asimilarse a estos; diferenciándolo del tema de la prueba que consistirá en solo aquello que interesa al respectivo proceso. De este

modo, el destacado jurista opta por una postura contraria a CHIOVENDA, LESSONA y otros juristas que suelen confundir el tema de prueba con el objeto de prueba mezclándolo en un solo concepto, ya que para él existe como regla general que en cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto factico para la aplicación de las normas jurídicas, que no está eximido de prueba por la ley, por ello es necesario determinar qué hechos constituyen ese supuesto factico para cada proceso. En ese sentido, dentro de los supuestos facticos que requieren probarse serán aquellas afirmaciones o controversias se den del hecho, delimitando de esta forma el tema de Prueba.

Según CARNELUTTI, “la afirmación de un hecho es la posición de este como presupuesto de la demanda dirigida al juez”, el mismo que está dirigido a convencerlo en el desarrollo de la actividad probatoria bajo su dirección y que será muy independiente a los sistemas de tasación y libre valoración de las pruebas generando dos efectos: el primero que vinculara al juez en cuanto a definir si un hecho se encuentra probado o no y segundo, la delimitación de los hechos que el juez puede tener en cuenta como fundamento de su decisión al estar prohibido considerar los hechos no alegados.

Por ello en las palabras de DEVIS ECHANDIA (págs. 182-184) se puede hablar de una *Carga de la afirmación*. Esta Carga de la afirmación será crucial a la hora de delimitar la necesidad de probar las afirmaciones discutidas sobre los hechos a través de los medios autorizados por la ley procesal, y esta ley procesal regulará el debate probatorio en cuanto pueda circunscribir lo más posible el campo del disentimiento entre las partes, limitándolo conforme a sus intereses en relación a los hechos controvertidos materia de debate, excluyendo los que no estén vinculados al objeto de prueba en el proceso.

Además, se debe tener en cuenta que, para el mencionado jurista, que cuando se refiere a que el objeto de prueba son los hechos se entiende a los mismos de manera amplia, es decir como todo lo que puede ser percibido; más o se limitara a sucesos o acontecimientos de manera literal.

En ese sentido, BUSTAMANTE ALARCÓN (pág. 35), sintetiza lo expuesto por DEVIS ECHANDIA respecto al objeto de prueba, señala cuatro formas o categorías de entender a los hechos desde un punto de vista jurídico:

- i. Todo lo que puede representar una conducta humana, tales como sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, sean individuales o colectivamente, que sean perceptibles
- ii. Los hechos de la realidad en general, como los hechos de la naturaleza sean o no productos del hombre.
- iii. Los sujetos de derecho en general, sean personas naturales o jurídicas implicando su existencia, caracteres, capacidad, etc.
- iv. Los estados psíquicos o internos del hombre, abarcando el conocimiento de algo, la voluntad y consentimiento sea expreso o tácito, etc.

Habiendo establecido que el objeto de la prueba son todos aquellos enunciados facticos como expresión de hechos ocurridos o hechos externos que sirvan para que el juez analice e internalice estas premisas y pueda generarle una convicción sobre la verdad objetiva; debemos considerar que hechos no pueden ser objeto de prueba como son las máximas de experiencia, las leyes de la naturaleza, norma jurídica interna vigente, hechos imposibles y hechos notorios.

Por otro lado, los medios de prueba son considerados como los modos u operaciones referidos a cosas o personas que son susceptibles de proporcionar datos demostrativos sobre la existencia o inexistencia de los hechos sobre los cuales versa la causa (PALACIO, 2000, pág. 23).

Para el procesalista César SAN MARTIN (2001, pág. 601), señala que son aquellos procedimientos destinados a poner el objeto de prueba al alcance del juez, tratándose entonces de elaboraciones legales destinadas a proporcionar garantía y eficacia para el consecuente descubrimiento de la verdad, estableciéndose así un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juez adquirirá sobre ese mismo objeto.

Y finalmente, sobre las fuentes de prueba, debemos resaltar que en la doctrina existe ciertas imprecisiones y divergencias a la hora de definir a las fuentes de prueba ya que suelen confundirla con el medio de prueba e incluso utilizarla indistintamente, pero siguiendo las pautas clásicas del derecho procesal tenemos que la fuente de prueba es toda aquella persona, cosa o u objeto que permite probar un hecho.

Así por ejemplo, el maestro CARNELUTTI (1955, pág. 89 y ss.), define a las fuentes como hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho a probar en la búsqueda de la verdad, distinguiéndose dos grandes categorías: las fuentes de prueba en sentido estricto y las fuentes de presunción dependiendo de si constituyan la representación del hecho a probar o si sean deducciones producto de presunciones.

Para PALACIO (2000, pág. 20), las fuentes de prueba son las circunstancias o características de la cosa inspeccionada por el juez; es decir están referidas a la materialidad del documento o el hecho en él consignado o declarado por la parte o testigo sobre el cual versa el determinado tipo de prueba; siendo fuentes de prueba todos aquellos datos que se incorporan al proceso a través de diversos medios de prueba.

Desde otra perspectiva, SENTIS MELENDO (1978, pág. 151 y ss.), la fuente de prueba viene a ser un concepto meta-jurídico o extrajurídico que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; siendo completamente distinta a los medios de prueba que responden necesariamente a una conceptualización netamente procesal, siendo éstos medios de prueba actividades desarrolladas dentro del proceso para que las fuentes sean incorporadas.

Dentro de nuestra normativa procesal penal peruana, vemos que el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 emplea sigilosamente el término 'elemento de prueba' en distintos dispositivos de este cuerpo normativo –como los artículos 67.1º, 270.1º, 352.4º, entre otros-, ya que el legislador ha optado por considerar

a los medios de prueba y a las fuentes de prueba indistintamente. Así, la *fente* será el instrumento que recoge la información sobre el hecho y éste último será, a su vez, el medio de prueba.

5. EL DERECHO A PROBAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La prueba, debe ser entendida no solo desde el punto de vista instrumental- como medio por el cual se constatan hechos a ser cuestionados dentro del proceso-, sino también como una institución procesal básica dentro del eje de funcionamiento del Debido Proceso; y que como tal garantiza el respeto a los derechos fundamentales inherentes al uso de la prueba, y las garantías a la contraparte –como el derecho a la verdad para casos determinados y la prevalencia del interés público ante la comisión de delitos que afecten la administración pública- tal como es el Derecho a Probar.

Este derecho, en las palabras de BUSTAMANTE ALARCÓN (pág. 23) es considerado -para un sector de la doctrina- como un derecho fundamental autónomo. Así mismo, ha sido catalogado como un derecho integrante de otro derecho fundamental de naturaleza compleja como el derecho a un proceso justo o debido proceso –siendo esta la postura más adecuada en nuestra opinión- (como el Common Law) o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si se enfoca desde la arista del *civil law* o tradición Germano-Románica. Es así que para el autor citado, el derecho a probar es un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo (BUSTAMANTE ALARCON, págs. 16-19) - siendo una opinión que compartimos tal como lo indicamos líneas arriba para los enfoques del desarrollo de la presente investigación- ya que la composición compleja de este derecho asegura el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso, garantizando que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos, practicados y valorados de manera adecuada en pleno respeto a los principios o garantías jurídicas que lo contienen y conforman en su conjunto, una de las manifestaciones de un proceso justo.

6. EL ROL DE LO QUE SE DENOMINA “PRUEBA ILÍCITA” O “PRUEBA PROHIBIDA”

La Prueba Prohibida o ilícita puede ser un tema muy discutible en la actualidad debido a ciertos problemas en delimitar sus alcances, diferencias e incluso su aplicación y efectos respecto a las reglas de exclusión, más aun en un sistema jurídico tan variado como es el nuestro, siendo una clara muestra el papel de la prueba ilícita y las reglas de exclusión a la luz del nuevo Código Procesal Penal, en la que confluyen elementos esenciales del derecho probatorio como garantía en la práctica judicial. Empero, resulta necesario analizar las diversas perspectivas que hacen alusión a la prueba ilícita ya que como bien sabemos, no existe una postura clara y uniforme acerca de si su aplicación conlleva a la vulneración de derechos fundamentales o que por tener una naturaleza jurídica independiente puede utilizarse bajo límites y parámetros que permitan la admisión de las excepciones en las reglas de exclusión.

De este modo, es necesario preguntarnos **si es posible determinar la validez de la prueba ilícita en casos determinados –como cuando se contrapone a derechos contra la administración pública, donde deberá prevalecer el interés público, o el derecho a la verdad, incluso ante otros delitos más allá de los de lesa humanidad, y en los casos en los que solo exista un medio de prueba de cargo y este se encuentre sujeto al análisis de licitud o no- para su consecuente admisión y valoración de esta prueba dentro de un proceso sin que afecte derechos fundamentales consagrados por la Constitución Política -sea de manera enunciativa o innominada- y que deben ser garantizados por la función jurisdiccional; o si es completamente vulneratoria a determinados derechos fundamentales y como tal no cuenta con validez legal ni admisión en un sistema constitucional.**

6.1. ¿Prueba ilícita, prueba prohibida o ambas?

En la doctrina se habla de la noción de la *prueba ilícita* y *prueba prohibida*, no existiendo unanimidad respecto al concepto preciso, puesto que existen varios criterios en la doctrina y jurisprudencia comparada, por ejemplo para

CONSO, en un **criterio amplio** señala sobre prueba ilícita lo siguiente: *“(...)siendo que todas las normas relativas a las pruebas penales son reglas de garantía del acusado, toda infracción de las normas sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse ilícita, por cuanto implicaría una vulneración del derecho a un debido proceso(...)”*

Destaca también el español MIRANDA ESTRAMPES (2004, págs. 17-19) para quien el tema de la prueba ilícita es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal, por lo que establece que el primer problema se presenta al abordar el estudio y análisis de su concepto, por cuanto no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita. Para un primer sector doctrinal, la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana; para otros grupos de autores, que parten de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, se identifican con la idea de violación de la norma, será aquella obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico; concordando dicha postura con la concepción amplia de la prueba ilícita y que es apoyada de la misma forma con autores como ROXIN.

Y en un sentido restrictivo, MINVIELLE afirma que únicamente podemos hablar de prueba ilícita toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido fuera del proceso por violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos de la personalidad. Esta concepción parece ser un poco más razonable, en virtud de la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales, y su estrecha relación con la dignidad humana, todo esto como garantía de las reglas de juego que impone un Estado de Derecho y que van a proteger, en sentido estricto, la constitucionalidad de los derechos fundamentales, reflejándose, de este modo, una garantía constitucional objetiva, como es la “exclusión de la prueba obtenida de modo ilícito”.

Ahora bien, también encontramos una seria complicación en cuanto a la denominación exacta para diferenciar lo que es prueba ilícita y la prueba prohibida (hecho que para otros autores deviene en lo mismo), ya que no existe hasta ahora un consenso en la dogmática y jurisprudencia sea nacional e internacional respecto a esto. Es así que para el español GIMENO SENDRA, la primera infringe cualquier ley, no importando si es fundamental o ley ordinaria, mientras que la segunda es aquella que para su obtención se ha vulnerado alguna norma constitucional referida a derechos fundamentales.

Por el contrario, PICO I. JUNOY señala que prueba prohibida y prueba ilícita no son términos excluyentes, siendo la prueba prohibida un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar a las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración (MIRANDA ESTRAMPES, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, 2004, págs. 16-17).

Dentro de la doctrina nacional, encontramos a CESAR SAN MARTIN CASTRO (2011, pág. 387) que refiere a la prueba ilícita como “aquella que se obtiene con infracción de los derechos fundamentales y que en consecuencia no se puede hacer uso de manera justificada de una prueba vulneratoria de esta magnitud para la aplicación en un proceso penal en la que se vean afectados los derechos de una persona, por lo cual importa asumir la utilidad, pertinencia y licitud de la prueba”, mientras que a criterio de un amplio sector doctrinario, la prueba ilícita es aquella obtenida infringiendo no solo una ley fundamental, sino también leyes ordinarias o procesales y de modo tal que se establece una prohibición probatoria o *Beweisverbote* que interfiere y limita la averiguación de la verdad dentro de la investigación en el proceso penal debido a intereses individuales o colectivos (GUERRERO PERALTA, 2009, pág. 14) como lo señalo ERNEST BELING.

En ese sentido, es necesario referirse a las pruebas que si bien han sido obtenidas infringiendo una norma procesal pero que no vulneran ningún derecho fundamental, son conocidas en la doctrina como “pruebas irregulares” y que, al asumir una diferencia entre estas tres pruebas, se puede hablar de las implicancias y efectos en cuanto a la admisión o no dentro del proceso.

Ahora bien, existen otras opiniones que señalan que el término “Prueba Ilícita” es un mecanismo que limita el principio general de averiguación de la verdad en el proceso y aquella que se obtiene vulnerando derechos fundamentales, quedando excluida la que en su adquisición se han lesionado normas únicamente ordinarias” (CASTRO TRIGOSO, 2008, pág. 62 y 63.).

Otros autores como Orlando ALFONSO RODRÍGUEZ, destacan que prueba ilegal es aquella inconducente, impertinente o ineficaz, que atenta contra el principio de economía procesal por no saber si al admitirla tendrá capacidad de conocimiento; probanza que en principio no debe ser valorada, pero que de ser admitida en el proceso es susceptible de ser impugnada por violación indirecta de las leyes sustantivas. En tanto que la prueba ilícita es aquella practicada con vulneración a un derecho o libertad fundamental; sin que la denominación prueba inconstitucional sea útil, al quedar fuera de protección derechos fundamentales establecidos en instrumentos internacionales.

Acotando a ello, debemos referir que, según la diversidad del desarrollo de la prueba ilícita en diferentes contextos mundiales, se ha dado el surgimiento de modelos o sistemas que responden al fundamento de la prueba ilícita según la legislación, doctrina y jurisprudencia que se analice.

De este modo, tenemos el modelo estadounidense como la *exclusionary rule* de origen jurisprudencial por la Corte Suprema Federal a raíz del caso *Week vs. U.S.* donde ya determinaba la inadmisibilidad pero bajo criterios de disuadir al agente que obtenía ilícitamente medios de prueba conocido como “*deterrent effect*” y cuyo fin era solo declarar la inutilización de la prueba para

prevenir que se haga uso de cualquier medio para obtenerla; razón por la que era más un tema de remedio judicial y efecto persuasivo que una garantía constitucional.

Igualmente, el desarrollo de la legislación alemana ha optado por crear una teoría de esferas o Teoría de la Ponderación donde se desarrolla el contenido esencial o no- del derecho vulnerado por la prueba ilícita; es decir, “se evalúa la gravedad del hecho con el peso de la infracción penal en el ordenamiento jurídico” (MIRANDA ESTRAMPES, La prueba en el Proceso Penal Peruano Acusatorio, 2012, págs. 63-95); es así que la primera esfera será una zona intangible, denominada esfera íntima, personal; la segunda esfera es la de Ponderación judicial donde a través del principio de proporcionalidad, el juez analiza la gravedad del delito vs. Interés público; y la tercera esfera en donde no existe afectación del derecho del libre desarrollo de la *personalidad*, y podría ser admitida la prueba puesto que no hubo ningún aprovechamiento en su obtención.

a. Tipología de la “prueba prohibida” y/o “prueba ilícita”

Son innumerables las clasificaciones que la doctrina ha venido elaborando. Así, una de las más claras puede ser la que atiende al momento de la ilicitud (criterio temporal o cronológico) y a la causa que motiva dicha ilicitud (criterio causal o material).

i. Criterio temporal o cronológico

Aquí podemos distinguir entre ilicitud extraprocesal e intraprocesal. La ilicitud extraprocesal es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Afecta, por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso).

La ilicitud intraprocesal es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del imputado de medios coactivos).

ii. Criterio causal o material

Atendiendo a la causa que origina su ilicitud podemos distinguir entre pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares y/o ilegales y pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales).

• Las pruebas expresamente prohibidas por la ley

Desde esta perspectiva podemos distinguir entre prohibiciones legales de carácter singular, según las mismas vayan referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general o, por el contrario, tengan un alcance más limitado. En la actualidad se puede afirmar que son escasas tales disposiciones normativas de carácter prohibitivo.

Entre las prohibiciones legales de carácter singular podemos destacar las siguientes:

- Prohibiciones que afectan a la materia de investigación o prueba.
- Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba.
- Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba, como las declaraciones testimoniales.

• Pruebas irregulares o defectuosas

Es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas

para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

- **Pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas**

Dentro de este tipo de pruebas se puede distinguir entre aquellas pruebas cuya realización es por sí mismo ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita. Este tipo de prueba, será la piedra angular sobre la cual desarrollaremos el Capítulo III del presente trabajo.

b. Efectos de la regla de exclusión de la “prueba ilícita”

Estas reglas de exclusión a la prueba ilícita pueden traducirse en lo señalado en el inciso 3 del Artículo VIII del T.P. del Código Procesal Penal, en la que indica que “la inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”, pero cabe preguntar si existe otros medios que no devengan necesariamente en su exclusión y que de ser así, este medio sea válidamente subsanable y utilizable para el proceso.

Entender las reglas de exclusión probatoria como un instrumento exclusivamente educativo es aceptar una simplificación inadmisibles del problema y fomentar una relativización en el respeto a las garantías fundamentales (BASUALTO HERNÁNDEZ, págs. 14-15)².

² Si se limita el análisis sólo a la existencia de la posibilidad de educar a la policía, podrá haber buenas razones para admitir como prueba válida la generada en todos aquellos casos en que por la razón que fuere, en realidad no tiene mayor sentido generar un efecto educativo en los agentes, ya sea porque la policía obró con negligencia -pero consciente de la existencia de los derechos fundamentales-, o lo hizo de forma errónea, pero de buena fe, etc. También debería admitirse como válida la prueba ilícita obtenida por los particulares, ya que la norma que disciplina no les está dirigida a estos, sino a los que de manera formal y cotidiana acopian probanzas (la policía). Esta simplificación, como se puede adivinar, permite una flexibilidad progresiva y casi total de la regla, introduciendo excepciones a la exclusión probatoria, cada vez que no se considera necesario disuadir a las policías, independientemente de la vulneración de garantías.

En el ordenamiento chileno, novel en lo que es el apego irrestricto a las garantías y en la imposición de límites al ejercicio del *Ius Puniendi*, es indudable que la finalidad de la prueba ilícita excede únicamente la visión educativa de la policía y persigue el necesario aseguramiento que, en su operatividad, el sistema de justicia respetará las garantías esenciales de los ciudadanos y no actuará con un poder ilimitado³. En este mismo orden de ideas, Julián López, quien citó a Horvitz Lennon, considera que ambos criterios no son excluyentes, pueden coexistir simultáneamente y éste debiese ser el faro que guíe la aplicación de las reglas en el ordenamiento chileno (LÓPEZ MASLE, 2012, pág. 187).

Como ya antes se ha referido, si el criterio de justificación de la prueba ilícita tiene que ver con la vigencia de ciertos valores éticos en el proceso (criterio de la integridad judicial), con la "decencia" y con el "juego limpio" (HORVITZ LENNON L. M., Derecho procesal 2, pág. 183), Como ya antes se ha referido, si el criterio de justificación de la prueba ilícita tiene que ver con la vigencia de ciertos valores éticos en el proceso (criterio de la integridad judicial), con la "decencia" y con el "juego limpio" (HORVITZ LENNON L. M., Derecho procesal 2, pág. 183), pareciera ser que los mismos no sólo debiesen justificar la exclusión de la prueba de cargo, sino la introducción a juicio de cualquier información obtenida con vulneración de garantías constitucionales que son esenciales en protección a los derechos fundamentales, para salvaguardar de alguna manera la toma de decisiones jurisdiccionales se funde en prueba irrefutable.

La prohibición general de incorporar al juicio prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, obtenida por el particular, se aprecia como la tendencia que se ha impuesto en aquellos casos en que los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tópico, admitiendo

³ En efecto, se señala que el sistema que se propulsa buscaba "...cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales.". A su turno, se señala también por el Ejecutivo que "el cambio político más importante en Chile ha sido, a su turno, la consolidación del modelo democrático, el que a su vez exige el respeto a los derechos humanos como un principio fundamental de legitimidad".

aquella línea atenuante del criterio, enunciada por Hernández Basualto y a que se hiciera referencia relativas a casos de legítima defensa o inexigibilidad de otra conducta de la víctima. En esta corriente de excepciones, se comprenden situaciones que podrían denominarse "autotutela de carácter investigativo". Asumiendo que el término utilizado no es exacto técnicamente hablando, lo que se pretende graficar es que ante la imposibilidad del Estado investigador de acudir a recabar prueba directa cuando un delito se está cometiendo, se autoriza que la víctima o los particulares lo hagan por los medios que tengan a mano, sin las formalidades legales, aunque en ese proceso se vulneren garantías esenciales, pero considero que también se puede obtener información verdadera y cerrar la investigación correctamente⁴.

De este modo, al hacer mención a la prueba de descargo, se alude a aquella que por regla general es presentada por la propia defensa del acusado, bien sea para eximirlo o alivianarlo de su responsabilidad. Esta categoría es la que Estrampes denomina como prueba ilícita *in bonam partem o in utilibus* (MIRANDA ESTRAMPES, El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, 2003, pág. 101)

Echeverría Donoso señala que existe una gran disparidad entre el ministerio público (y quien comparte con éste el ejercicio de la acción penal, el querellante) y la defensa (DONOSO, págs. 105-106.). El "investigador oficial" posee una serie de atribuciones en materias indagatorias y persecutorias, que regularmente amenazan de forma relevante los derechos esenciales del imputado y a su favor, tiene reglamentada la forma de intervenir -con autorización del juez de garantía- en esferas de derechos de particulares, que estime como necesarias para alcanzar el éxito de sus diligencias. El ministerio público tiene una forma legítima de incorporar a juicio como prueba regular, antecedentes

⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal chileno", Colección de investigaciones jurídicas, n° 2 (2005), pp. 3100, p. 28.

obtenidos con vulneración autorizada de derechos esenciales. Por cierto, que nada de ello sucede en el caso de la defensa. Las pesquisas de la defensa en ese sentido de ninguna forma tienen esta facilidad y, es más, normalmente quien obtenga la prueba ilícita arriesgará persecución penal propia, por aquellos delitos que pueda haber cometido, con ocasión del procedimiento investigativo. La justicia y equidad claman en el caso, que los dispares sean tratados por reglas diferenciadas. Todo lo dicho no equivale a aceptar que siempre el juez de garantía deba admitir la prueba ilícita de descargo.

Señala Armenta Deu que se trata de una materia donde caben ciertos matices, aunque en todo caso "deben ponderarse, al menos, los intereses en juego de manera que se garantice, como mínimo, que ningún inocente será condenado" (sic) (ARMENTA DEU). Aparenta ser éste un patrón intransitable de poder traspasar y no se estima que pueda haber un beneficio constitucionalmente legítimo tan predominante que justifique condenar a un supuesto inocente o un culpable que no es inocente, ya que como se ha dicho, una instrumentalización de esa naturaleza a la persona humana, riñe con el más elemental concepto de dignidad humana, consagrada en nuestra Constitución Política.

Así, es posible afirmar que "(...) por regla general la prueba ilícita de descargo debiese ser admitida, toda vez que el derecho del imputado de defenderse de la acusación y de probar sus asertos, el principio de inocencia y la necesaria protección -basada en la misma legitimidad del sistema- de evitar que el proceso concluya con la condena a inocentes, son intereses sustancialmente más relevantes que el riesgo de desprestigio al que se expone la justicia al tomar decisiones basadas en prueba ilícita, o sobre la base de afectación de garantías esenciales a ciudadanos concretos. No se trata de aprobar dichas vulneraciones a derechos esenciales. Ellas deberán tener el reproche que corresponda en sede penal. Lo que se defiende es que, una vez producida la vulneración

de garantías, si ella aporta hacia la verdad exculpatoria, resulta más valioso admitirla que vedarla. Excluir la prueba ilícita exculpatoria -en principio- generaría un doble efecto nocivo, a saber: la incorrección de la decisión que sanciona a un inocente y la existencia de un verdadero culpable que quedará impune (CORREA ZACARÍAS, 2016, pág. 21).

El profesor Héctor Hernández Basualto, quizá la voz más influyente en materia de prueba ilícita, se ha manifestado también favorable a la exclusión de aquella prueba obtenida por privados que favorezca a la acusación. El autor lo resume en el siguiente argumento: "no ya simplemente porque el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, sino porque de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales, el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena, el resultado de una vulneración constitucional" (BASUALTO HERNÁNDEZ, págs. 65-67.).

Sostiene el autor citado que la tolerancia del Estado frente a la vulneración de derechos de los particulares, manifestada por un intento de otorgarle efectos jurídicos a la misma, hace partícipe al Estado en aquella infracción y genera una nueva lesión a los derechos esenciales, ahora al construir una sentencia bajo la base de una prueba inconstitucional (BASUALTO, págs. 65-67)⁵. Eso se tendría que evaluar mediante un control constitucional, respetando los estándares de los principios y garantías constitucionales.

⁵ Héctor Hernández Basualto advierte que, en el modelo alemán y norteamericano, que sirven de referencia en materia procesal penal, se tiende a admitir la prueba ilícita proveniente de particulares. Sin embargo, al intentar el intérprete asumir estas doctrinas para el derecho chileno, señala, deberá enfrentarse el matiz consistente en que dicho sistema, a diferencia de los mentados modelos, puede existir una detentación compartida de la persecución penal entre el Estado y los querellantes y siendo así, aparece lógico y proporcionado que ambos se sometan a las mismas reglas.

c. Alcance de la exclusión de “prueba ilícita” y/o “prueba prohibida” de cargo y de descargo

Los modelos procesales penales con aspiraciones garantistas, conforme explica FERRAJOLI (págs. 36-38), deben tender a generar un sistema probatorio de tipo inductivo, que suprima al máximo los ámbitos decisorios entregados a las valoraciones propias del juez. Se trata de una concepción cognoscitivista (conocer los hechos) de la jurisdicción, la que persigue, conforme apunta (DEL RÍO FERRETTI), no sólo ya a resolver conflictos, sino que alcanzar la decisión correcta y justa, para lo cual el sistema propende a procurarse de toda la información relevante para ello. Esta tendencia doctrinaria, sostiene así que el sistema procesal penal, desde esta óptica, no tiene mayor diferencia con cualquier otro sistema que requiere alimentarse de información para adoptar decisiones acertadas. Desde esta perspectiva, la regla general que gobierna la actividad probatoria de las partes debe ser la de inclusión de todo el material disponible. Toda prueba que revista utilidad para el desenlace judicial del caso -en pro de la decisión acertada-, debe ser admitida (CORREA ZACARÍAS, 2016, pág. 22).

Con todo, al hablar de prueba ilícita y conectarla con los derechos fundamentales no se hace sino subir a escena el debate acerca de la existencia de límites a que deben sujetarse -sobre todo- los órganos de persecución penal en el ejercicio de la actividad indagatoria, puesto que es precisamente en esta etapa, ya sea por presiones mediáticas o resultadistas, en la que existe un mayor incentivo a la transgresión de garantías por parte del Estado. Estas garantías fundamentales, limitativas del *ius puniendi*, podrán estar establecidas directamente en la Constitución Política o en los tratados internacionales, pudiendo por cierto encontrarse desarrolladas explícitamente en la ley⁶.

⁶ Véanse artículos 5° inciso 2° y 19 n°3 inciso 6° de la C.P. de Chile; y artículos 276 inciso 3° y 373 a) del C.P.P de Chile.

A esto se refiere Carrió cuando manifiesta que para solucionar los problemas interpretativos originados por las reglas de exclusión "...es preferible mantener la mira en cuáles son los propósitos que animan la regla de exclusión y en base a ello verificar, en cada caso o hipótesis, si la exclusión satisface o no tales propósitos" (CARRIÓ, 1994, pág. 169).

En palabras de FERRAJOLI (1995, pág. 569): "es obvio que si la publicidad de la acusación conlleva la obligatoriedad de su ejercicio para los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito; a solicitar y, donde sea necesario, a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; a permitir la participación y el control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto (NÚÑEZ OJEDA, 2003, pág. 116)⁷

Para LÓPEZ MASLE, los criterios de la preservación de la integridad judicial y de la prevención tienen en común que: "operan con independencia de consideraciones de verdad material y, de hecho, propugnan el sacrificio de esa verdad en pos de valores que se sitúan en un rango superior" (HORVITZ LENNON L. M., Derecho procesal 2, pág. 187). Se trata de "criterios que en ningún modo son excluyentes, sino que pueden perfectamente entenderse conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, criterio que, nos parece, debiera inspirar la aplicación del instituto en Chile" (GUARIGLIA, 2005, págs. 109-113).

⁷ En el mismo sentido, NÚÑEZ OJEDA sostiene, a propósito del sistema español, un criterio que se estima replicable en el modelo chileno. Afirma que la estatalidad de la persecución penal no es monopólica, manteniendo el ofendido el derecho a participar en el proceso penal y a generar prueba eficaz, en la medida que se cumpla con las exigencias generales.

Así las cosas, en la doctrina comparada no existe un completo consenso sobre lo que debe entenderse por prueba ilícita (HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE, 2002, págs. 164-168). Sin embargo, y en lo que aquí interesa, el concepto de "prueba ilícita" alude a aquellos medios de convicción obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales. Ya la sola definición plantea cierta impropiedad en el concepto, puesto que la mera contrariedad de la ley en el procedimiento de obtención de prueba, en la mayoría de las ocasiones, no implicará una vulneración de garantías fundamentales, punto sobre el cual volveremos en el apartado siguiente.

6.2. Tesis sobre la prohibición de prueba con violación a derechos fundamentales

En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la "prueba prohibida" y de la "prueba ilícita". A pesar de ello, existen diversas posiciones o tesis respecto a la concepción de la "prueba ilícita" y que han sido acogidas en diversas ocasiones por el TC, encontrándonos así con:

i. La prueba ilícita como un auténtico derecho fundamental

Se encuentra introducida en el EXP. N° 00655-2010-PHC/TC (Caso: QUIMPER HERRERA, ALBERTO, 2010) cuando indica:

*"(...) en consideración de este Tribunal la **prueba prohibida es un derecho fundamental** que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. (...)"*

ii. La prueba ilícita como tesis de la contravención al ordenamiento jurídico

En el fundamento 26° de la Sentencia N° 06712-2005-PHC/TC, Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, se precisa uno de los criterios esenciales para hablar de prueba ilícita: el Principio de Licitud, pues *no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico*, ya que se trata de “*supuesto de prueba prohibida*”.

iii. La prueba ilícita como límite de la investigación criminal

En la Resolución N° 02333-2004-11C/TC (Caso Natalia Foronda Crespo y otras, 2004), el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) *el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho (...)*”.

Estas tesis, sirve en gran medida a fin de establecer lo que para nosotros, debería denominarse “el derecho fundamental de prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales” que a continuación tratamos.

CAPITULO III

TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES (DESARROLLO DE LA HIPOTESIS)

Habiendo revisado previamente el marco teórico del Estado Constitucional y de lo que la doctrina ha denominado prueba ilícita y/o prueba prohibida, resulta imprescindible abordar lo que entendemos por *derecho de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales*, como un derecho independiente del derecho a probar –por suponer un accionar activo del derecho–; autónomo, y que como tal, goza del carácter no absoluto de todo derecho fundamental como en algunas sentencias del Tribunal Constitucional se ha abarcado, estableciéndose su secuencialidad con relación a otros derechos fundamentales.

Para ello, analizaremos su estructura de acuerdo a las pautas establecidas por la jurisprudencia nacional, así como sus presupuestos constitucionales, establecer por qué debería utilizarse la nomenclatura de “Derecho de la Prohibición de Prueba de cargo con violación a derechos fundamentales”. Es decir, que este *nomen iuris* refleja el contenido esencial del derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales que conduce a considerar que si bien su naturaleza de derecho fundamental garantiza *per se* su cabal protección (como regla general), ésta también contendrá límites en su aplicación como producto de antinomias ante la aplicación de otros derechos que podrían ser soslayados, construyendo, así, una *regla excepcional*, límites que exigirán y darán pie a presentar en el Capítulo IV, un modelo de control constitucional a fin de poder verificar en qué casos se debe flexibilizar este derecho para dar paso a una prueba de cargo que si bien se contrapondría con otros derechos, su propio contenido también podría sustentar un sentido compatible con el Estado Constitucional y determinar su posible validez.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

Para poder determinar por qué debemos llamar a la “prueba ilícita” y/o “prueba prohibida” como el derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a los derechos fundamentales, es necesario que analicemos su estructura a la luz de lo establecido en los fundamentos 23° y 24° del Expediente N°1417-2005-AA/TC, Caso de Manuel Anicama Hernández, respecto a las disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental. Así, en base a esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe enfatizarse en que:

- i. Entiéndase por *disposiciones de derecho fundamental*, a todos aquellos enunciados lingüísticos de la Constitución Política que reconocen derechos fundamentales de las personas;
- ii. Entiéndanse por *normas de derecho fundamental*, a todos aquellos sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones de derecho fundamental, comprendiendo si dentro de los sentidos atribuibles, se cumplen los presupuestos de nexo causal y las perspectivas internas y externas producidas de la norma;
- iii. Entiéndase por *posiciones de derecho fundamental*, a aquellas exigencias o presupuestos concretos que, al amparo de lo determinado por las normas de derecho fundamental, serán válidamente atribuibles a una determinada disposición de derecho fundamental, y se harán valer frente otras personas naturales o jurídicas. Para lo cual se deberá tener en consideración la estructura triádica que postula BERNAL PULIDO (2003, pág. 80) (respecto estar compuesta por sujeto activo, sujeto pasivo y objeto).

Pues bien, es en base a este análisis que lo que denominamos *derecho de prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales* puede desarrollarse como un derecho fundamental autónomo del derecho a probar, si tenemos a bien considerar que se cumplen con todos los supuestos descritos:

a. Existen *disposiciones del derecho fundamental* para que la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales sea un derecho fundamental autónomo:

Existen diversas disposiciones o enunciados en la Constitución que aluden a la prohibición de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, el numeral 10) del artículo del artículo 2° de la Constitución Política señala que como parte del contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados: “*Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal*”. En el mismo sentido, el literal h) del numeral 24) del mismo artículo 2° constitucional que expresamente dispone que “*Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia*”.

En el mismo sentido, de conformidad a la Cuarta Disposición Complementaria Final de nuestra Carta Magna y la obligación de interpretar las normas de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades de las personas ratificados por el Perú, tenemos el artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre la cual la Corte Interamericana de DD.HH ha indicado que:

*“(...) exige que una persona no pueda ser condenada **mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal**. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla (...)”⁸*

⁸ Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120

Asimismo, tenemos en nuestro Código Procesal Penal, el Artículo VIII del Título Preliminar, bajo la denominación de “*Legitimidad de la prueba*”, señala:

“(...) 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (...)”

Finalmente, también en el Código Procesal Penal, se ha establecido en el artículo 159, bajo la denominación de “*Utilización de la Prueba*”, los siguientes enunciados:

“(...) Artículo 159°.- Utilización de la prueba

El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (...)”

En esa línea, existen enunciados lingüísticos dentro de nuestro ordenamiento –y por ende, enmarcado en los parámetros de nuestra Constitución Política– que reconoce el derecho fundamental a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales.

b. Existen Normas de derecho fundamental para que la prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales sea un derecho fundamental autónomo

De todos los enunciados lingüísticos mencionados en las líneas precedentes, puede extraerse el sentido interpretativo de no utilizar una prueba vulneratoria a otros derechos fundamentales; lo cual en esencia difiere del

Derecho a probar, pues este tiene una connotación puramente activa, un sentido afirmativo: ofrecer prueba para que sea oportunamente admitida, actuada y valorada por el Juez. En cambio, el *derecho de prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales*, tiene una connotación *negativa*, es decir, una prohibición de hacer de quien quiere usar, ofrecer en el proceso, un determinado medio de prueba obtenido con violación de derechos fundamentales. Importa un *no hacer*, un deber de *abstención* por quien quiere ejercer su derecho a probar. Indudablemente tiene una relación estrecha con dicho derecho, pero no forma parte de aquel. Son dos caras de una misma moneda, sin duda alguna. Pero la distinción estriba, en resumen, en dos aspectos que se derivan de las ideas aquí expuestas:

- (i) Los sujetos titulares son distintos. Por un lado, el *derecho a probar* tiene por titular a quien usa y ofrece un medio de prueba para que sea admitido, actuado y valorado en el proceso para sustentar su pretensión. En cambio, en el *derecho de prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales*, el titular el sujeto contra quien se pretende acreditar un hecho, a pesar que la prueba fue obtenido violando sus derechos fundamentales.
- (ii) Como ya lo hemos indicado, en el derecho a probar la *conducta* del titular es activa; mientras que en el *derecho de prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales*, la posición de derecho fundamental consiste en reclamar un deber de abstención del derecho a probar del contrario, por tratarse de un acto puramente inconstitucional.

A efecto de lo dicho, el intérprete deberá analizar si se cumplen con los presupuestos constitucionales de las pruebas obtenidas con vulneración a derechos fundamentales, tal como los señala el profesor JOSÉ L.

GONZALES CUSSAC, cuando señala los siguientes presupuestos (2008, págs. 284-292).

i. Presupuesto básico: más allá del nexo causal

Se trata por tanto de establecer un nexo normativo entre la prueba original obtenida con lesión de derechos fundamentales y la prueba derivada, esto es, si la ilicitud constitucional se comunica o trasmite de uno a otro medio probatorio, de suerte que la naturaleza de la conexión es estrictamente normativa. Así, pues, desde este punto de partida, la llamada tradicionalmente relación causal, se entiende ya demostrada previamente, o en todo caso conjuntamente. En este sentido, debe afirmarse que la existencia de un nexo causal, en sentido estricto, entre la prueba ilícita y la prueba refleja, constituye un presupuesto anterior o coetáneo al examen de la conexión de antijuricidad.

Desde la Doctrina Constitucional, se exige que previa o paralelamente al análisis del nexo normativo, quede demostrada la existencia de un nexo causal entre ambas pruebas. En principio esta exigencia es del todo lógica, pues no puede hablarse en puridad de prueba derivada o refleja, si no se acredita justamente ese vínculo, esto es, que derivan o son reflejo de algo anterior. Con otras palabras, si se trata de pruebas desconectadas entre sí, no tiene sentido plantearse esta cuestión, sencillamente porque las segundas se han obtenido independientemente de las conseguidas con lesión de derechos fundamentales. Así pues, la inexistencia o ruptura del nexo causal resuelve esta controversia, y lo hace antes siquiera de entrar a valorar la conexión de antijuricidad; las pruebas no conectadas causalmente a las ilícitas pueden valorarse, pues entonces son independientes de aquellos y obviamente se han obtenido lícitamente. Es decir, la fuente de obtención diferente, independiente y autónoma, no derivada o refleja. Aquí ya es importante recoger la diferencia que establece la jurisprudencia ordinaria.

ii. Nexos normativo: la perspectiva interna

Pues bien, podríamos decir que una vez que el intérprete afirme la existencia de un nexo causal entre ambos medios probatorios, la exclusión o validez de la prueba refleja dependerá de la comprobación de un nexo normativo (o conexión de antijuricidad) con la prueba inicial obtenida con violación de derechos fundamentales. Es decir, determinar si la ilicitud original se transmite jurídicamente también a la prueba derivada.

De modo que, para que el intérprete verifique este nexo normativo interno, tendrá que analizar, en primer término, el derecho fundamental lesionado, para averiguar el grado, entidad y características de su vulneración. Esto es, habrá de determinarse cuál de las garantías que integran el derecho fundamental, han sido violadas. y, en segundo lugar, verificar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido en virtud de la injerencia practicada inconstitucionalmente.

Pues bien, podríamos decir que una vez afirmada la existencia de un nexo causal entre ambos medios probatorios, la exclusión o validez de la prueba refleja dependerá de la comprobación de un nexo normativo (o conexión de antijuricidad) con la prueba inicial obtenida con violación de derechos fundamentales. Es decir, determinar si la ilicitud original se transmite jurídicamente también a la prueba derivada.

De modo que, para verificar este nexo normativo interno, tendrá que analizarse, en primer término, el derecho fundamental lesionado, para averiguar el grado, entidad y características de su vulneración. Esto es, habrá de determinarse cuál de las garantías que integran el derecho fundamental, han sido violadas. y, en segundo lugar, verificar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido en virtud de la injerencia practicada inconstitucionalmente.

iii. Nexo normativo: la perspectiva externa

Para la verificación de contaminación de la prueba derivada no se agota con el canon de la perspectiva interna, sino que como hemos advertido, ha de complementarse con el recurso a las perspectivas externas, De modo que para verificar la conexión de antijuricidad también se ha de atender al examen de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental lesionado en la obtención de la prueba ilícita. Por consiguiente, este análisis dependerá de varios factores. Tendrá que valorarse la entidad de la lesión del derecho fundamental correspondiente, para así determinar si la exclusión del conocimiento obtenido con la afectación al derecho fundamental resulte necesaria para la efectividad de tal derecho.

Cuando las pruebas derivadas de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales pueden ser también consideradas como una infracción de la norma fundamental. Es decir, en qué casos esta ilicitud constitucional de las pruebas que originalmente lesionan derechos fundamentales, se traslada, alcanza o contamina a la prueba derivada o refleja. Es por ello, que el profesor José L. Gonzales Cussac, señala los siguientes presupuestos (GONZÁLEZ CUSSAC, 2008, pág. 284 al 292).

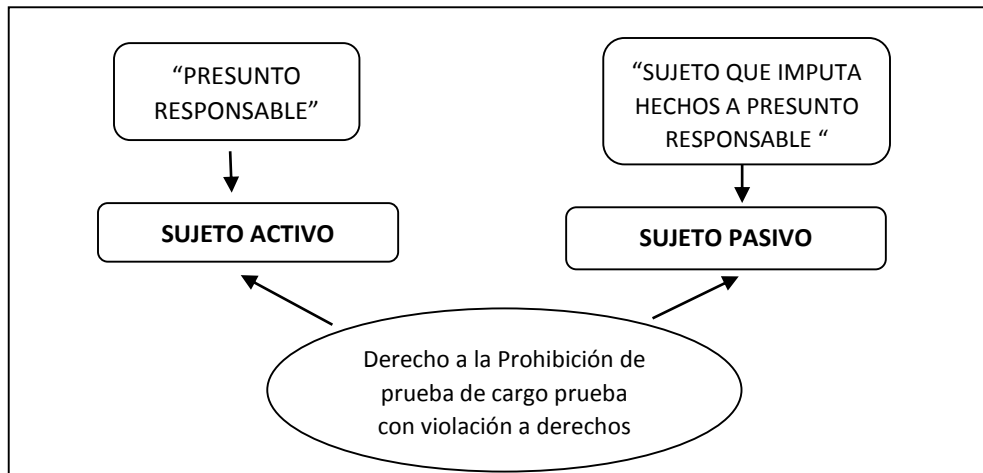
Es así, que a través de la verificación del sentido interpretativo de las disposiciones constitucionales y del cumplimiento de los presupuestos constitucionales descritos líneas arriba, el intérprete podrá identificar el *espíritu de la norma o el contenido esencial del derecho* a la prohibición de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales.

c. Existen *posiciones de derecho fundamental* para que la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales sea un derecho fundamental autónomo:

En este apartado, debemos señalar la existencia de las posiciones de derecho fundamental en el derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues cuenta con las exigencias

concretas que al amparo de las normas constitucionales son atribuibles válidamente a una persona, que para el caso concreto de este derecho serían:

CUADRO N° 2
POSICIONES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS
FUNDAMENTALES



Elaboración: Propia

De este modo, podemos concluir que el sujeto activo del derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales será el presunto responsable al que se le imputan hechos cuestionados; y por otro lado, se puede identificar al sujeto pasivo de este derecho, a quien será la persona que impute hechos a ser probados en el proceso; esto es, también en relación a otros derechos fundamentales tales como la presunción de inocencia.

Cabe resaltar que, esta relación con la presunción de inocencia –a modo de ejemplo- también simbolizará el carácter secuencial del derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, vínculo que veremos en los apartados siguientes.

2. LA ADECUADA NOMENCLATURA DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

A lo largo de los acápites precedentes, hemos desarrollado las diversas nomenclaturas que ha recibido la prueba de prohibición de cargo con violación a derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, tales como “prueba ilícita” o “prueba prohibida” o “prueba con infracción de derechos fundamentales”; no obstante a ello, debemos señalar que nuestra posición es apartarnos de ellas, puesto que hablar de licitud e ilicitud restringe los ámbitos de las normas constitucionales abstraídos de las disposiciones del derecho fundamental desarrollado en el presente capítulo, al solo limitarlo a un tema de violación de disposiciones procesales, sin analizar la amplitud del derecho a no usar una prueba de cargo con violación de derechos fundamentales.

De igual manera, consideramos que la nomenclatura “prueba prohibida” no resulta del todo adecuada, pues esta “prohibición” de por sí misma, restringe en todo sentido la existencia de los límites al derecho fundamental que hemos desarrollado de acuerdo a análisis de disposiciones, normas y posiciones constitucionales anteriormente vistas; ya que parte de una regla general completamente cerrada, cuando bien sabemos que todo derecho fundamental no es absoluto; y por ende cierra toda posibilidad a que el juez competente pueda ejercer –al amparo de sus facultades- un adecuado análisis del control constitucional de este derecho; razón por la cual, en nuestra modesta opinión, no puede suceder en un Estado Constitucional, donde el juez debe respetar los derechos fundamentales de todas las personas, más allá de las normas regla.

Dicho de otro modo, el *nomen iuris* que proponemos no se basa en un mero cambio de nombre o de denominación. Su trascendencia radica en que muestra, en toda su dimensión, la naturaleza jurídica, puramente constitucional, del derecho fundamental que representa su contenido esencial a la luz de las disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental que claramente pueden identificarse.

Pues bien, finalmente, consideramos que reducir un derecho fundamental como la prohibición a la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales meramente al modo de obtención podría ser un tanto equivocada, pues debemos considerar que este derecho se constituye como una garantía esencial, que goza de todas las cualidades y características suficientes para ser considerado un derecho fundamental y que su respeto no se limita a un hecho o modo de obtener el medio, sino que subsiste más allá de un hecho aislado o un proceso específico, pues como todo derecho fundamental es inherente al ser humano y no depende de ninguna circunstancia en específica para exigir su pleno respeto. Impacta, pues, en uno de los atributos esenciales del derecho a probar de la contraparte que usa el medio de prueba de cargo, cual es -como ya lo hemos señalado antes- el *ofrecimiento y la admisión*.

Por consiguiente, en concordancia con lo desarrollado a lo largo de este capítulo, consideramos que la nomenclatura más acorde a este derecho fundamental es el derecho de la prohibición de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales, pues esta guarda una mayor armonía con el desarrollo de las posiciones constitucionales, disposiciones constitucionales y normas de derecho fundamental tratadas anteriormente en el punto 2, del Capítulo III, de la presente investigación.

3. CARÁCTER SECUENCIAL Y NO ABSOLUTO DEL DERECHO A LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES QUE EXIGE ESTABLECER UN MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Este derecho posee una característica secuencial ya que al tener un carácter autónomo de otros –independiente del derecho a probar como hemos demostrado precedentemente- expande su amplitud cuando se intenta utilizar un medio probatorio de cargo –esto es para imputar hechos controvertidos en el proceso-, donde será labor del juez constitucional competente, poder identificarlo como tal y analizar todos los contrastes que de ella deriven, analizando su contenido esencial y sus implicancias en el proceso, pues si de llegar a existir duda o una antinomia ante la posibilidad de excluir un medio de

prueba de cargo para salvaguardar los derechos del imputado, también se deberá analizar si aplicar la regla general de este derecho -sin considerar sus límites- podría perjudicar el desarrollo del contenido esencial del derecho a prohibición de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales.

Lo dicho, en palabras más sencillas, importa analizar si la aplicación de la regla general de prohibir un medio de prueba de cargo “ilícito” puede perjudicar otros derechos fundamentales que se pudieran contraponer, sean explícitos (como el derecho a probar, al debido proceso, el secreto a las comunicaciones e inviolabilidad de documentos, entre otros) o implícitos, (tales como el interés público o el derecho a la verdad).

Por ello, este razonamiento viene a ser el impulso básico para poder desarrollar un modelo de Control Constitucional, mediante el cual, el intérprete, podrá dilucidar ante qué criterios sí se podría encontrar una salvedad a la regla general del derecho de prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales que determina su exclusión del medio de prueba en el proceso.

Dicha salvedad, -propia de los límites de todo derecho fundamental- podría ser plenamente identificada e incluso determinarse bajo qué criterios, el juez competente podría encontrar un sentido compatible que permita la validez del medio de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales y que, de ser el caso, pueda optar motivadamente a su admisión en el proceso.

4. EL DERECHO A LA PROHIBICIÓN DE PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales ha tenido un notable desarrollo en los sistemas internacionales de derechos humanos; como por ejemplo en la Corte Interamericano de Derechos Humanos, en claro respeto del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha analizado esta situación, cuando a lo largo de

diversas sentencias ha establecido que los Estados tiene la prerrogativa de aplicar reglas de exclusión de la prueba “prohibida” o “ilícita”; no obstante a ello, ha optado por que ellas no serían aplicables siempre y cuando se trate de derechos *ius cogens*; como por ejemplo ante casos de tortura.

Sobre ello, ha versado la sentencia del 26 de noviembre de 2010, en el Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México, a raíz del ingreso de una fuerza militar en el municipio de Ajuchilán, en el Estado de Guerrero, con la finalidad de combatir la lucha contra el narcotráfico, se habría capturado a dos ciudadanos acusados de tenencia ilegal de armas y por siembra de amapolas y marihuana, hecho que fue investigado y sancionado por el órgano jurisdiccional mexicano, condenándolos a 6 y 10 años de pena privativa de la libertad; no obstante, durante la investigación, tanto Cabreara García como Montiel Flores señalaron que fueron sometidos a torturas por parte de agentes policiales con el fin de obtener declaraciones que sean utilizadas como pruebas de cargo. La Corte apreció la gravedad de los delitos cometidos contra la seguridad de la sociedad; sin embargo determinó que *“la regla de exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura o tratos crueles o inhumanos, la cual es intrínseca a la prohibición de tales actos y ostenta un carácter absoluto e inderogable”* razón por la cual todos los actos procesales derivados de la tortura, e incluso va más allá y señala que se extiende incluso *“a cualquier tipo de coacción”* (Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores, 2010, pág. parr. 166):

“(...) 166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que “[l]a confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, es decir que no se limita el

supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción. (...)”

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que excluir la prueba que haya sido encontrada directa o indirectamente bajo coacción, garantizaría adecuadamente la regla de exclusión de las pruebas de cargo con violación a derechos fundamentales; sin embargo permite cierta flexibilidad en materia probatoria pues deja la tarea de desarrollar otras reglas de exclusión a cada estado, siempre y cuando no se vean inmersos principios o derechos propios del *ius cogens*; motivo por el cual es necesario adelantar que el Modelo de Control Constitucional que se plantea en la presente tesis toma en cuenta ello para su aplicación y que debe seguir esta misma regla.

Sin perjuicio de lo señalado, una posición que ha llamado la atención en este tema, es la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando en el Informe N° 1/95, Caso N° 11.006, respecto a la denuncia realizada por el expresidente de Perú, Alan García Pérez, sobre el allanamiento ilegal sufrido en el domicilio del denunciante y en la sede de su partido político, debido a las decisiones del también expresidente Alberto Fujimori Fujimori. En este caso, se puede apreciar que si bien no existe una regla de exclusión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales explícitamente prevista, si se ha previsto la garantía contra las afectaciones indebidas de la intimidad, mediante el derecho a la inviolabilidad de domicilio;

lo cual haría efectiva que este medio de prueba no sea utilizado en el eventual proceso.

Por otro lado, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tema, así se aprecia el caso Gäfgen contra Alemania, el cual llamo la atención no solo de la comunidad jurídica sino de la sociedad en general, al tratarse del secuestro y homicidio de un niño de 11 años, en el cual se identificó como principal sospechoso a Magnus Gäfgen y a quien se le infligió dolores físicos sin causarle lesiones con la finalidad de obtener detalles del secuestro y ubicación del menor posiblemente con vida. El agresivo interrogatorio concluyo con la confesión del imputado e incluso condujo a los agentes policiales al lugar donde se encontraban los restos del menor.

Así, fue que todas las declaraciones y diligencias en las cuales Gafgen participó fueron consideradas para condenarlo por el secuestro y homicidio del niño; no obstante, su defensa recurrió a la *doctrina del fruto del árbol envenenado* por haberse utilizado medios de prueba obtenidos forzosamente, motivo por el cual el órgano jurisdiccional decidió no admitir estos medios de prueba pero no se refirió acerca de los elementos obtenidos con base en ella, por lo cual si se valoraron. En ese sentido, el Tribunal Europeo señaló que no puede establecer reglas de exclusión de la prueba ilícita, que eso depende directamente de los Estados en tanto no sea admitiendo la tortura o trato inhumano, y que el Tribunal solo era competente para pronunciarse acerca de si el proceso fue justo o no.

En conclusión, la adopción de establecer reglas de exclusión de pruebas “prohibidas” – o posiblemente determinar su admisión o inadmisión, a la luz del modelo de Control Constitucional de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales planteado en este trabajo- dependerá de cada Estado, siempre y cuando no se afecten normas con valor de *ius cogens*.

CAPITULO IV:

PLANTEAMIENTOS Y APORTES A LA TEORIA JURÍDICA RESPECTO A LA PROPUESTA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACION A DERECHOS FUNDAMENTALES (DESARROLLO DE LA HIPOTESIS)

1. PLANTEAMIENTO PARA UN ADECUADO CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES

Para el planteamiento de un adecuado control constitucional en la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

El Pleno Jurisdiccional Nacional Penal 2004, desarrollado en la ciudad de Trujillo, entre diversos temas tratados, desarrolló algunos cuestionamientos que atraviesa el juez a la hora de admitir o no un medio de prueba, y consecuentemente su posterior valoración dentro del iter procesal. Allí se consideró la importancia de tomar como regla general en materia de prueba ilícita o prohibida que se siga aplicando su exclusión como prueba directa o derivada, a través de la regla de exclusión y de los frutos del árbol envenenado: *“Toda prueba obtenida con violación constitucional, debe ser excluida de la valoración por el Juez. Es decir, está prohibido valorar dicha prueba”*.

Sin embargo, también han reconocido que este mecanismo, es uno de los factores más negativos para la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de resolver causas en las cuales se haya afectado severamente bienes jurídicos tutelados por el Estado, pues conlleva a la pérdida de prueba relevante, al favorecimiento de los culpables de la comisión de delitos, así como la dilación del proceso, los costos administrativos incurridos –hasta que se pronuncien de

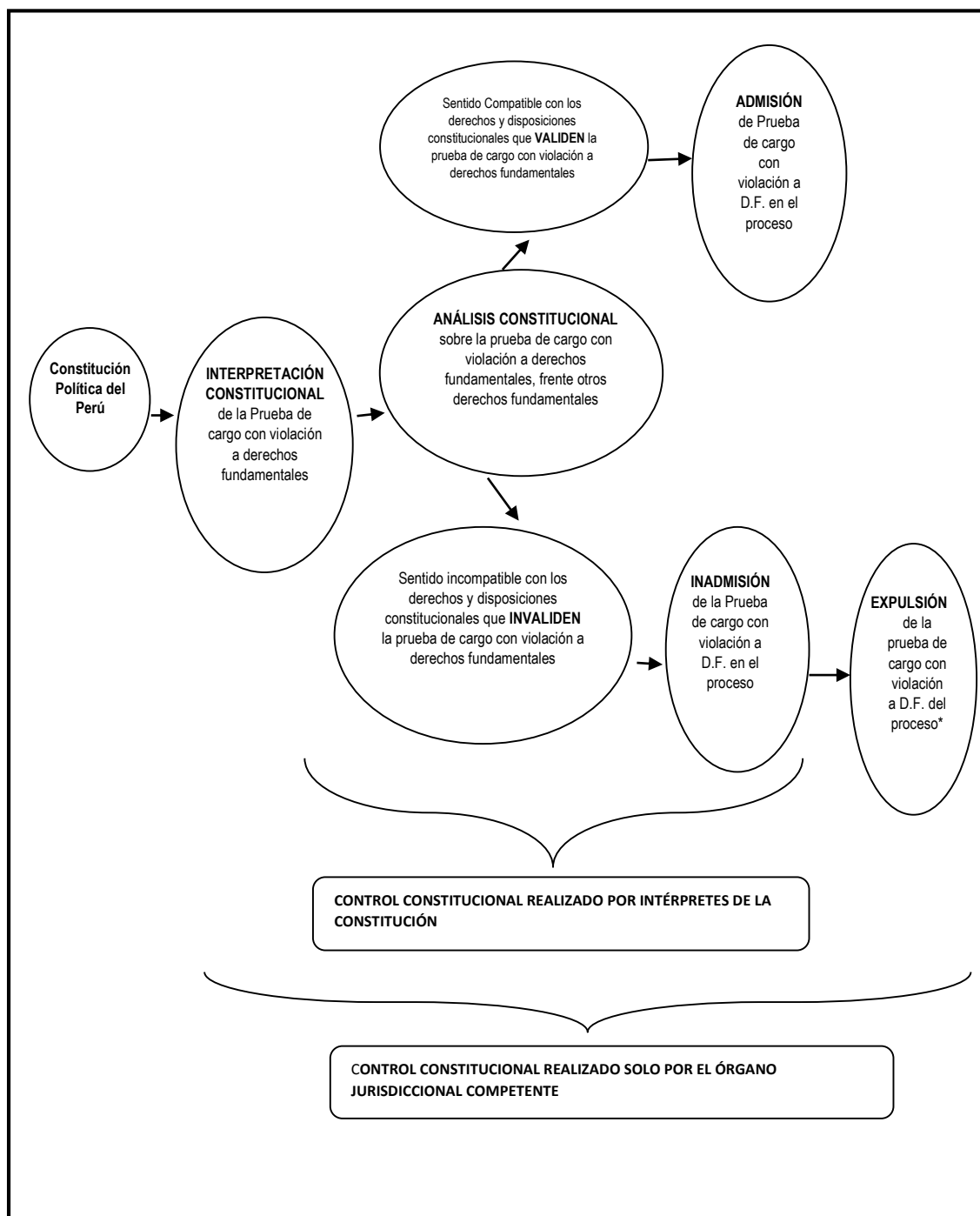
la ilicitud de una prueba ya en la fase resolutive o de sentencia- y obviamente, el entorpecimiento del funcionamiento del sistema de justicia.

En ese sentido, y siguiendo el objeto principal de esta investigación, debemos señalar dos posiciones a considerar quien realice el control de constitucionalidad de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, a efectos de poder determinar la validez de la misma y su posible admisión o de ser el caso, la invalidez del medio probatorio e inaplicación –y en caso sea analizado por el órgano jurisdiccional, cabría la correspondiente expulsión del sistema jurídico, pues debemos recordar que la exclusión del ordenamiento jurídico es una cualidad o potestad únicamente del juzgador-.

Por ello, planteamos como eje central de la tesis un modelo de razonamiento para interpretar constitucionalmente el derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales; el cual mostramos en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 3

MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO



Fuente: Elaboración: Propia

1° Paso: Análisis de constitucionalidad de la prueba de cargo

Determinado que la prohibición de empleo de una prueba de cargo con violación de derechos fundamentales es un *derecho fundamental* autónomo e independiente del *derecho a probar*, su carácter no absoluto abre la puerta para que el operador realice un *análisis de constitucionalidad* de la prueba de cargo. Es decir, el objetivo consiste en determinar si este *derecho fundamental* entra en contradicción con otros derechos fundamentales o principios constitucionales que presionan por la admisión de la prueba.

Este análisis de constitucionalidad supone, entonces, implícitamente un acto de interpretación constitucional de la prueba de cargo, es decir, de su compatibilidad con las disposiciones, normas y posiciones de derecho fundamental que subyacen a este autónomo *derecho fundamental de no empleo o prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales*. Por ejemplo, el audio que representa una conversación telefónica que ha sido obtenido fruto de una interceptación ilegal, sin autorización judicial, y que, a su vez, constituye prueba fehaciente de la comisión de delitos de corrupción de funcionarios, vulnera una disposición constitucional (artículo 2.10 de la Constitución) que frontalmente dispone que las comunicaciones privadas son inviolables. ¿Cabe alguna posibilidad de que dicha prueba pueda leerse de modo compatible con el artículo 2.10 de la Constitución? Indudablemente no. No hay forma de adscribirle un significado que no vulnere tal disposición, norma y posición de derecho fundamental que se desprenda del citado artículo 2.10 de la Carta Política.

Naturalmente que en este primer paso, los protagonistas del análisis de constitucionalidad son las partes y en donde lo presumible sea que la iniciativa, el protagonismo lo asuma el titular del *derecho fundamental de no empleo o prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales* quien indudablemente, como víctima, propondrá el reclamo

manifestada en su *posición de derecho fundamental*: que el proponente de la prueba se abstenga de usarla y que el Juez determine su inadmisión.

2° Paso: El empleo de la tesis de la ponderación como eje del control constitucional

Planteada la posición de derecho fundamental formulada por el afectado con la prueba de cargo obtenida con violación de sus derechos fundamentales, presumible es también que la parte que propuso la prueba, argumente las razones de validez basadas en el respeto de otros derechos o principios constitucionales que permitan enfocar el *interés público* que subyace a la prueba misma.

Empleando el mismo ejemplo anterior, la Fiscalía o la Procuraduría del Estado llevarían a sostener que la gravedad del hecho que la prueba acredita y revela impacta severamente en principios constitucionales tales como la lucha contra la impunidad y la corrupción, el principio de seguridad jurídica, el respeto de la seguridad ciudadana como bien constitucional⁹ o el denominado *derecho a la verdad*. De esta manera, la admisión de la prueba

⁹ En los fundamentos 12, 13 y 14 de la STC N°, el TC ha dicho lo siguiente:

“13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

14. De alguna forma, la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de derechos se asocia al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a lo cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado social de derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en relación con la consecución de grandes objetivos. Vista la seguridad ciudadana como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.

15. Cabe precisar que, cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo que, en determinadas circunstancias, y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento se hace imperioso integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante”.

tiene por finalidad constitucional satisfacer y respetar estos bienes constitucionales.

Así las cosas, surge el debate entre el respeto del *derecho fundamental de no empleo o prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales* versus la observancia de principios o derechos constitucionales como los antes anotados.

Hasta aquí, el protagonismo lo asumen las partes quienes, en este segundo paso, han diagramado el campo de combate entre sus posiciones de derecho fundamental que, ahora, debe resolver el Juez.

En este segundo paso, pues, entra a tallar el Juez quien deberá resolver este *conflicto o contradicción* entre ambas posiciones de derecho fundamentales. Y es él quien debe recurrir al *test de ponderación*. Tendrá que fijar cuál es el fin constitucional que persigue la posición de derecho fundamental de quien aporta la prueba de cargo violatoria de derechos fundamentales, de tal manera que pueda verificar si es válido argumentar justificadamente si la admisión de la prueba es *idónea* para la satisfacción de los bienes constitucionales que configuran la *finalidad* que dicha medida persigue. Así, superado dicho sub examen, se analizará si la admisión es la medida menos grave de varias posibles para evitar la infracción de los derechos fundamentales que tal admisión representa o inflinge. Y, finalmente, si superada dicha etapa, también supera el sub examen que conlleva a catalogar que la admisión de la prueba es proporcional en sentido estricto a su finalidad constitucional.

En síntesis, en este segundo paso, el Juez debe echar mano de un especial deber de motivación de su decisión en torno al manejo del *test* de ponderación. Insistimos, en todo momento nótese que se trata del empleo de la interpretación constitucional que, indudablemente, supone un auténtico acto de *control constitucional* de la prueba de cargo.

3° Paso: Decidir la admisión o inadmisión de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales, supone contar con competencia constitucional

El resultado del *test de ponderación* supone que el Juez arribe a dos posibles decisiones: o rechaza la admisión de la prueba de cargo o la admite, como resulta tautológico advertir. En cualquiera de ambas situaciones, supone el ejercicio de un acto de control constitucional de la prueba y, por ende, de adscribirle significado, de determinar su compatibilidad o no con la Constitución.

En este tercer paso, si ocurre el supuesto en el cual el Juez determine que la prueba de cargo obtenida con violación de derechos fundamentales no logró superar el test de ponderación, el resultado de tal análisis conllevará a la invalidez de la prueba manifestada a través de su expulsión del proceso. Para ello, como es lógico advertir, se requiere de *competencia constitucional*. Sólo el Juez tiene el poder de invalidar una prueba bajo el ejercicio de su poder de control constitucional.

Seguir este esquema metodológico de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales se establece como una herramienta útil para que el intérprete, al momento de realizar un Juicio de Ponderación o ponderación de intereses y se determinen los valores o grados que coadyuven a hallar un sentido incompatible o incompatible de la prueba de cargo obtenida con violación de derechos fundamentales.

De esta forma, será necesario que quien realice el control de constitucional, tenga presente los instrumentos que la jurisprudencia ha ofrecido a través del Acuerdo Plenario anteriormente señalado y comprender el verdadero sentido interpretativo de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues si bien en dicho acuerdo se hizo un intento por dilucidar de mejor forma las reglas de exclusión de la “prueba ilícita”, ello no basta para dejar el tema zanjado, pues algo que no se ha mencionado es que al realizar este proceso de análisis ante la posible “ilicitud”

de una prueba, se está realizando un control constitucional a fin de determinar su admisión o exclusión; asimismo, tampoco se ha podido reconocer que el juez tiene la facultad de realizar esta función a la hora de incorporar y admitir un medio probatorio ilícito al proceso, pues el Acuerdo Plenario se ha limitado a decir que la regulación de la prueba ilícita –(considerándola como prueba obtenida con vulneración de norma procesal)- y/o prueba prohibida –(prueba obtenida con vulneración a la norma constitucional) no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas conforme a la jurisprudencia nacional a fin de *garantizar mejor el debido proceso* y analizar esta institución caso por caso, así lo ha señalado en su primer considerando de la siguiente forma:

“(...) Primero.- Por mayoría: Las excepciones a la regla de la prohibición de valorar las pruebas obtenidas con violación de la Constitución – sean éstas directas o indirectas-, no deben ser reguladas por el legislador, sino que deben ser recogidas y desarrolladas por la jurisprudencia nacional, ya que ello garantiza mejor el debido proceso y analiza el caso por caso (...)”

Bajo ese extremo, consideramos que el Acuerdo Plenario guardaría conformidad con el Modelo de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues es necesario que el análisis de excluir un medio de prueba como este sea realizado caso por caso, en claro respeto de los derechos o bienes jurídicos involucrados, de acuerdo al paradigma de Estado Constitucional.

Y, sin perjuicio de ello, en el supuesto que sea necesario que los jueces “*necesiten*” un dispositivo legal que garantice esta postura y permita que puedan realizar este control constitucional con mayor claridad, a fin de garantizar que el operador del derecho encuentre mayor claridad a la hora de interpretar la Constitución, podría realizarse algunas modificaciones normativas que serán propuestas en los siguientes apartados, con la finalidad de evitar cambios bruscos en la aplicación de directrices en sede judicial y mantener una uniformidad en la aplicación de criterios para la admisión o exclusión de la prueba de cargo con violación a derechos

fundamentales; no obstante recalcando que solo sería una medida aclaratoria más no necesaria para la aplicación del modelo de control constitucional de esta prueba, pues cabe recordar que cuando la Constitución señala en su art. 1° que la finalidad del estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, no solo está referida a la persona que son inculpadas en un proceso judicial, sino también a los derechos de todas las personas, individual y colectivamente, y más cuando existe un riesgo en la aplicación del sentido de la norma, es labor del legislador el poder dotar al órgano jurisdiccional de los mecanismos necesarios para que pueda optar por una norma que vele por la seguridad jurídica de todos, pues tal como decía ROXIN (ROXIN, 2003, pág. 83):

"(...) la razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución. Muchas veces los particulares no están dispuestos o no se hallan en situación de ejercer la acción por sí mismos; sobre todo pueden estar dispuestos a prescindir de una denuncia penal por temor a la venganza o a algún otro inconveniente (...)".

Por ello, consideramos que un cambio normativo en el modelo procesal penal vigente sería no imperativo, más solo aclaratorio, ya que en el marco del respeto de los derechos fundamentales, este modelo sería válidamente aplicable, pues **ya de por sí, conforme al Estado Constitucional vigente puede ser válidamente empleado** –tomando como criterio las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita desarrollados por el Acuerdo Plenario del 2004- en la etapa de instrucción o en la etapa de intermedia (en la Audiencia de Control de Acusación Fiscal) y no necesariamente se tenga que someter al inculpado ni a las partes a un proceso engorroso para determinar la exclusión de una prueba ilícita, ni que tampoco permita la impunidad ni la inaplicación del *Ius Puniendi* Estado.

Así, será posible determinar la validez de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales (entendiéndose esta como prueba que aporta el conocimiento de la posible comisión de conocimientos sobre la comisión de un delito y/o prueba que se fundamenta para contradecir lo alegado por el

inculpado) en casos determinados –tal como lo es en casos de delitos contra la administración pública- donde deberá prevalecer el análisis y correspondiente control de constitucionalidad de la prueba a fin de garantizar la compatibilidad con la Constitución en todos sus extremos y que de no encontrar sentido que subsane dicha ilicitud (reglas de exclusión de la prueba ilícita), el intérprete deberá proceder a la inaplicación de la prueba y no valoración en el proceso, dejando a salvo la función de que el intérprete sea el juzgador, a quien si le corresponderá poder pronunciarse sobre el sentido incompatible de la prueba con la constitución y su correspondiente inadmisión al proceso.

Con esa base, creemos que es de suma importancia la discrecionalidad al juez a la hora de aplicar el modelo de control constitucional, independientemente del cambio normativo que proponemos de manera accesorio y/o complementaria, para que pueda realizar un control constitucional previo a la etapa de juicio oral o juzgamiento, con la finalidad que lleguen aquellas pruebas que contengan un valor probatorio relevante y oportuno para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; razón por la cual, la aplicación del modelo de Control Constitucional para admitir medios de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, coadyuvará a desarrollar otros instrumentos jurídicos ampliamente desarrolladas en la doctrina internacional y nacional, tal como lo son el Test de Ponderación o *Balancing Test*, o la destrucción de la mentira del imputado, tal como lo señala en Pleno de Vocales del 2004, y que desarrollaremos a fondo en los siguientes acápites.

1.1. PLANTEAMIENTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DE LA VERDAD COMO UN CRITERIO IMPLÍCITO PARA SU ADMISIÓN

El derecho a la verdad, si bien ha tenido un desarrollo activo en las últimas décadas, también juega un papel notable cuando el juez se encuentra frente a la ella y al derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales; pues si se considera como una garantía procesal derivada de su dimensión social, podríamos decir que al encontrarse ante la

posible exclusión de un medio probatorio en pleno respeto al “derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación de derechos fundamentales”, sin considerar el impacto en el Derecho a la verdad, podría incidir negativamente en la satisfacción del proceso a través del Debido Proceso y el derecho de defensa no solo de los agraviados sino de la sociedad en general, limitando el goce efectivo de Derechos Constitucionales como a la vida, la integridad y la libertad.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema se han pronunciado sobre las implicancias del Derecho a la Verdad como garantías constitucionales en el proceso, donde debemos analizar cuál sería el impacto de ponderar este derecho para la posible admisión de un medio probatorio obtenido de manera ilícita, planteándonos un caso notable de derecho a la verdad y ubicándolo ante la presencia hipotética de una prueba de cargo con violación a derechos fundamentales.

Así tenemos en el expediente N° 2488-2002/HC-TC, el Tribunal Constitucional independientemente de reconocer el compromiso del derecho fundamental del Derecho a la Verdad con derechos como la libertad, seguridad personal, a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, imparcialidad del juez, entre otros –dimensión respecto a la dignidad de la persona humana-; también ha reconocido una dimensión que impacta a toda la sociedad en los márgenes del Estado Constitucional o Estado democrático y social de derecho, reconociendo una dimensión colectiva derivada de la *forma republicana de gobierno* (Caso Genaro Villegas Namuche, 2004) consistente en la posibilidad que toda la ciudadanía y el pueblo peruano en general posee de conocer los grados de degeneración a los que puede llegar la fuerza pública o por sectores criminales, existiendo una exigencia común ante el Estado para evitar que algunos hechos queden relegados en la impunidad y falta de averiguación judicial.

Esta segunda exigencia responde esencialmente a la obligación del estado de responder a la diversidad de demandas por las gravísimas transgresiones a derechos humanos en tiempos de violencia, razón por la cual es necesario que una sociedad democrática pueda gozar de mecanismos jurisdiccionales que garanticen el respeto a derechos humanos; de manera que existe el derecho de la sociedad en casos de evidente violación a derechos humanos dentro de procesos de esta connotación, hecho que debe ser tomado en cuenta más allá de acción penal que el Ministerio Público posee dentro de sus atribuciones y que debe ser considerado por los órganos jurisdiccionales del Estado en su labor.

Asimismo, es necesario referir que, para la protección del derecho a la verdad, el Acuerdo Plenario ha reconocido que el intérprete podrá acoger la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado, lo cual significa que no puede utilizarse el Derecho fundamental a la prohibición de prueba con violación a derechos fundamentales, para atacar la culpabilidad del imputado, pero si podría acogerse para probar la mentira de éste; es decir, para desestimar la coartada falsa del procesado.

No obstante, debemos señalar que ello no es suficiente para los fines del proceso, pues es necesario que el esclarecimiento y búsqueda de la verdad se desenvuelvan protegiendo los derechos de todas las partes en igualdad de armas, y no solo con un carácter paternalista a favor del imputado, pues ello solo conlleva al perfeccionamiento de la impunidad en pleno proceso judicial.

Es a raíz de estas premisas, que existe la obligación específica del Estado sobre investigar y de informar, y facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial; y adicional a ello, también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados; razón por la cual hablar de una admisión de una prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, podría surtir efectos siempre que la finalidad sea obtener certeza acerca de los hechos

conforme el derecho a la verdad, estableciéndose dicho derecho como una garantía procesal respecto a los derechos constitucionales y en especial al derecho a la verdad; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de otros mecanismos existentes en nuestro ordenamiento jurídico en la medida que existe una la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales así como la obligación de los jueces en mérito al Estado Constitucional a interpretar las normas bajo el Control Constitucional –e incluso al control convencionalidad al cual estamos sujetos como parte de los Tratados Internacionales-, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, o en su caso al debido proceso.

En ese sentido, ante la posible inadmisión de un medio de prueba ilícito; persistirá la facultad jurisdiccional de analizar el impacto que ello generaría al Derecho a la verdad en su dimensión colectiva o bajo la *exigencia republicana de gobierno* propia del paradigma de Estado Constitucional.

Con ese fin, de ser el caso concreto en el que exista una lesión innegable a los derechos humanos y que para dicho supuesto exista una ilicitud en la actuación probatoria, encontraríamos un conflicto constitucional de derechos; donde por potestad jurisdiccional, el juez debe resolver motivadamente sobre la admisión o inadmisión de la prueba; pero tal como hemos desarrollado a lo largo de la investigación, el órgano jurisdiccional podría –y debería- realizar un análisis de Ponderación de Intereses en la etapa inicial del proceso conforme la quinta disposición del Acuerdo Plenario Penal del 2004; es decir realizar un examen de control constitucional a la luz de mecanismos que la jurisprudencia ofrece, tal como el uso del test de Ponderación de Intereses en la etapa de Instrucción del Proceso, si hablamos del Código de Procedimientos Penales, o en la etapa Intermedia – de acuerdo al Nuevo Modelo Procesal Penal- a través de la Audiencia preliminar de Control de Acusación Fiscal dispuesto en el Artículo 351° del C.P.P.

Dicho planteamiento responde a que si bien, en la audiencia preliminar de Control de Acusación se realiza observaciones a la acusación, deducir excepciones u otros medios de defensa, ofrecer pruebas y solicitar la reparación civil; el juez, luego de escuchar el debate sobre la procedencia y admisión de estas cuestiones podría realizar un análisis previo de Ponderación de Intereses a propósito del medio de prueba ilícito la repercusión de este ante la dimensión colectiva del Derecho a la Verdad, de acuerdo a las circunstancias especiales y características del caso concreto, garantizando la imparcialidad del juez y el debido proceso de las partes.

Por ello, el Juez podrá resolver en la misma audiencia una vez realizada la Ponderación de Intereses o incluso hasta las cuarenta y ocho horas posteriores, de conformidad con el numeral 1) del Artículo 352° del Código Procesal Penal; adicionando a ello que de no existir conformidad de alguna de las partes por la decisión adoptada, podría caber el recurso de apelación tal como es habilitado para las excepciones o medios de defensa, sin que ello impida la continuación del procedimiento, garantizando la transparencia y el derecho de defensa de las partes.

A lo dicho, cabe recalcar, que en el caso hipotético que planteamos, la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, sólo sería válida y admisible una vez realizado el examen de Ponderación de Intereses siempre que esté orientada encontrar la verdad axiológica cuando esté en juego la violación manifiesta de los Derechos Humanos como caso especial y dentro de los parámetros determinados por el ordenamiento jurídico peruano.¹⁰

Finalmente, el juez a través de las herramientas establecidas no solo por su propia normatividad a través del Control Constitucional de manera

¹⁰ Tomando nota de los informes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho a la verdad (E/CN.4/2006/91,A/HRC/5/7) y sus importantes conclusiones en relación con el derecho a conocer la verdad sobre las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario.

concentrada o difusa, sino que con arreglo a los tratados internacionales, de modo tal que el Control de Convencionalidad que debe ser ejercido por todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles; tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosas jurisprudencias, convirtiéndose en obligación *ex officio* de todos los órganos jurisdiccionales a velar por que los efectos de las disposiciones – entre ellos deberes y obligaciones de toda persona- de la Convención Americana no sean mermadas por normas contrarias en el marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes (Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010).

2. PLANTEAMIENTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE CARGO CON VIOLACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL INTERÉS PÚBLICO, COMO UN CRITERIO IMPLÍCITO PARA SU ADMISIÓN

Tal como dijo ROXIN sobre la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, la razón de ser de ella debe ser el interés público a efecto que los hechos punibles no queden sin persecución alguna, hechos que deben ser valorados por el juez a la hora de admitir y valorar una “prueba ilícita” o “prueba prohibida” de cargo que contenga vital importancia.

Esta perspectiva concuerda con lo expuesto en el voto del magistrado del TC Vergara Gotelli en la sentencia N° 00655-2010-PHC/TC (Caso: QUIMPER HERRERA, ALBERTO, 2010), ante la determinación de vulneración a los derechos del debido proceso al considerar pruebas ilícitamente obtenidos mediante interceptación de las comunicaciones para procesarlos por patrocinio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, pues para la Sala -la misma que resolvió la causa originaria de delitos contra el secreto a las comunicaciones- sería “suficiente” con excluir la “prueba ilícitamente obtenida” por haberse establecido previa y judicialmente la ilicitud de la obtención de la

fuentes de prueba y que por imperio de *congruencia lógica y axiológica* (TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA, 2015, pág. 330), sin considerar que los bienes jurídicos afectados en cada proceso son distintos y por lo cual no gozan de la misma identidad ni del mismo tratamiento procesal como para determinar su exclusión de manera radical, sin ver alguna opción de salvedad como pudo ser la ponderación de intereses con el interés público. Por ello, el magistrado, con gran atino, ha señalado:

*“(…) me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 del proyecto que se pone a mi vista por hacer referencia a la prohibición impuesta a los medios de comunicación respecto a difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, **sin que previamente se haya verificado por sentencia si lo que se pretende difundir es de interés público o no**, debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada información constituye una intromisión ilegítima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho a de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario **apoya en cierta forma la impunidad**, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables. (…)”*

De este modo, es imprescindible que entremos al terreno del Derecho Público para hablar de Interés Público pues ello significa analizar en qué medida el Estado Constitucional debe adecuar este concepto conforme las particularidades de cada caso concreto; no sin antes señalar tal como obra en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC (Caso JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, 2004, págs. 10-11), que se entendería por interés público a un concepto jurídico

indeterminado y como tal, implica un conjunto de señas particulares pero de contenido y extensión variable orientados al beneficio de toda la comunidad; razón por la cual este “concepto jurídico indeterminado” o “valor” constituye uno de los fines del Estado Constitucional en su integridad, comprendiendo todo aparato gubernamental e incluso a nivel de la colectividad en sí misma.

En ese sentido, el carácter axiológico de este principio permite apreciarlo desde dos dimensiones: la dimensión de principio político de la organización estatal y una dimensión jurídica ético-política fundamental, siendo esta última de vital importancia para los fines de esta investigación pues faculta al Estado para que en determinadas ocasiones y circunstancias específicas prohíba, autorice, limite, coacte o incluso anule una situación que no necesariamente se oponga ni se desvincule al interés privado, puesto que solo podría significar la agrupación de varios interés privados de manera general o común orientadas al beneficio del colectivo.

De este modo, existe una gran facultad inexcusable de los órganos del Estado para que, en el ámbito que les corresponda puedan identificar la relevancia del interés público en casos concretos; atribuyéndose así una facultad discrecional para la correcta apreciación de este interés en funcionamiento con el Derecho existente en dicha área; suponiendo que esta discrecionalidad no debe significar la justificación a alguna arbitrariedad, sino más bien incorpora el deber de justificar de manera concreta, coherente y específica las razones que sustenten la inclinación hacia el Interés público para su adecuada interpretación y más aun a la hora de tomar decisiones.

El interés público es uno de los ejes esenciales en la motivación de decisiones judiciales y extrajudiciales, pudiendo constituirse como una de las manifestaciones del derecho fundamental al debido proceso más allá de todos los demás derechos esenciales contenidos en él (derecho de defensa, derecho a probar, etc.), toda vez que garantiza una evaluación de parte de los órganos jurisdiccionales del Estado sobre los grados e importancia del interés público a la hora de resolver un conflicto de intereses.

Ahora bien, intentando no sumergirnos en la discusión de los alcances de la facultad discrecional que tiene el Estado peruano solo desde el punto del Derecho Administrativo, debemos preguntarnos si es concebible asumir al Interés público como una manifestación del Debido proceso constitucional y partiendo de ello, cuál sería la relación con otros derechos fundamentales tal como la prohibición de admitir un medio de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales al proceso para que hablemos de un desarrollo adecuado de los derechos conforme las directrices del paradigma de Estado Constitucional

Por ello, uno de los casos más emblemáticos donde se ha visto la interpretación del derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, frente al interés público dentro de un proceso penal es sin duda el caso del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres y Luis Guillermo Bedoya de Vivanco mediante la sentencia del expediente N° 010-2001-SPE/CSJL emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado y el expediente N° 017-2001-SPE/CSJL contra el ex asesor y Alexander Martin Kouri Bumachar por el delito contra la Administración Pública en las modalidades de Asociación Ilícita para delinquir y Tráfico de influencias.

Esta última, hace una referencia importante al rol de lo que se denomina “prueba ilícita” y/o “prueba prohibida”, cuando la defensa técnica de Montesinos señala a las grabaciones audiovisuales como medios probatorios ilícitamente obtenidos y que como tal carecen de eficacia probatoria en el proceso ya que vulneraba su derecho a la inviolabilidad de domicilio, pero que a juicio de los magistrados no configuraba como “Prueba ilícita”, toda vez que para la obtención de esos medios audiovisuales se dio un allanamiento realizado por el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y no la Policía ni el Ministerio Público, y que admitir que es el derecho fundamental de prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, sería una limitación al *Ius Puniendi* propia de la acción penal y la búsqueda de la verdad:

“(…) no se puede obviar y dejar de lado la posible conculcación de bienes jurídicos que por trascendencia han sido protegidos a través de la tipificación de determinadas conductas lesivas o de peligro, haciendo prevalecer un derecho fundamental que si bien es importante, no puede oponerse buenamente como escudo protector de delitos (…).”

Para la Sala, con gran atino y bajo los márgenes legales de lo que denominan “Prueba ilícita”, -en cuanto a su obtención y el personal que realiza dicho acto-, ha sabido delimitar que no se trataba de una prueba ilícita y de cierto modo acepta la trascendencia de bienes jurídicos que son protegidos a través de la tipificación de estos delitos, es así que si hablamos del bien jurídico protegido en el caso concreto hablamos del correcto funcionamiento de la administración pública y los principios que la inspiran tales como el respeto a la Constitución, Probidad, Eficiencia, Idoneidad, Veracidad, Equidad y finalmente Lealtad al Estado de Derecho , lo cual implica que, como hemos ido sosteniendo una manifestación del debido proceso dentro de los cánones de Estado de Derecho Constitucional peruano y coherente con los bienes protegidos y no especificados pero si vagamente señalados como “conceptos jurídicamente protegidos” entendidos en la esfera interés público.

Consecuentemente, vemos que no solo aplicando los criterios de la prueba ilícita establecidos en los Acuerdos del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de diciembre de 2004 –que fueron establecidos con posterioridad a esta sentencia- se puede sustentar de manera adecuada la protección al derecho al Interés Público como una manifestación del Debido proceso, pues es labor del interprete realizar un adecuado control constitucional que refleje el análisis detallado de los sentidos e implicancias de la prueba para el proceso, estableciendo si contiene un especial interés público o no, para determinar su validez o invalidez – y consecuentemente su admisión y valoración o su inadmisión y expulsión del proceso-, mucho más si trayendo al presente este caso, podemos hablar del Control Constitucional, a través de quizá la Ponderación de Intereses, en casos de antinomia que enfrente el derecho a la

prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales frente a otros derechos.

3. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PROBLEMA INVESTIGADO

Adicional a lo dicho, también debemos tener presente como parte de este marco teórico a lo establecido por el Acuerdo Plenario Penal del 2004 en el cual se ha desarrollado a la “prueba ilícita” y/o “prueba prohibida”, arribando a los siguientes acuerdos:

- i. Las excepciones a las reglas de exclusión de la prueba ilícita, sean estas como resultado de violación directa o indirecta de derechos reconocidos por la Constitución no deben ser reguladas por el legislador, sino por la jurisprudencia nacional a fin de garantizar el debido proceso analizando los casos concretos.
- ii. Ante la obtención de una prueba ilícita en la que obre la flagrancia, debe admitirse su valor probatorio condicionado al control de la Fiscalía o el Juez tomando en cuenta las circunstancias y justificaciones al obtener la prueba, por alegarse la buena Fe.
- iii. Se admite la valoración de la prueba ilícitamente obtenida siempre que este orienta al beneficio del imputado.
- iv. Se deberá admitir la valoración de la prueba ilícita cuando sea invocada por terceros cuando el titular del derecho violado y el sujeto a condenar son distintos.
- v. **Se admite la doctrina de Ponderación de intereses, atendiendo a la mayor intensidad del interés frente a la prueba ilícita**
- vi. **Admitir la doctrina de la destrucción de la mentira del imputado.**

- vii. Admitir la teoría del riesgo en cuanto a si el imputado narra en un diálogo privado el delito cometido o por cometer y es grabado por su contraparte, el primero asumió el riesgo.

Ciertamente, vemos que se pretende limitar el campo de acción de las reglas de exclusión de la “prueba ilícita” - o como nosotros denominamos, el derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales-, en un intento de uniformar la vasta pero algo dispersa jurisprudencia, pero que sin embargo, en la actualidad si bien se están siguiendo estos criterios, aun no se ha ahondado respecto la labor del juez en la ponderación de intereses cuando converja una prueba con violación a algunos derechos fundamentales frente otros derechos fundamentales de vital relevancia en el marco de un Estado Constitucional que debe buscar la mayor satisfacción de derechos a fin de garantizar a todo ciudadano no solo desde la óptica de persona, sino también desde la óptica de sociedad, razón que se pretende esclarecer en la presente investigación.

Consiguientemente, es necesario que a la hora de admitir o excluir un medio probatorio ilícito de cargo que contenga especial interés público o que tenga repercusiones o limitaciones al derecho de la verdad, será necesario que el intérprete realice un Control Constitucional que tenga como fin buscar un sentido interpretativo que salve la prueba y que esta a su vez sea compatible con la Constitución, y solo en el caso de incompatibilidad, se llegue a determinar su inadmisión del proceso y consecuentemente su no valoración.

3.1. Propuesta normativa al problema investigado

La propuesta normativa a ser planteada de manera complementaria y/o accesoria para visibilizar el modelo de Control constitucional de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, tal como hemos ido advirtiendo estaría basada en proporcionar al juzgador penal una mayor visibilidad en la aplicación de este modelo en resguardo a los derechos fundamentales inmersos, consistiendo en realizar el control constitucional

previo de la prueba respecto a la licitud o no de ella, de modo tal que se llegue a la etapa de juzgamiento o juicio oral con las pruebas que verdaderamente importen información relevante para resolver la controversia y el esclarecimiento de los hechos, por ello:

- i. En el caso de delitos contra la Administración Pública –cuyo bien jurídico sería el bienestar del estado y el interés público- se debe establecer si dicho medio probatorio ilícito de cargo es plausible de ser admitido debido a las circunstancias especiales e implicancias propias del mismo, interpretando y analizando el sentido de la prueba y su compatibilidad con las disposiciones constitucionales, evaluando detalladamente el derecho a la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, frente al interés público mediante una adecuada ponderación de interés –por ejemplo- para evaluar que otros bienes jurídicos protegidos podrían ser afectados de excluir la prueba, pues esa medida debe ser considerada como *ultima ratio* y *no prima face* para el intérprete.
- ii. Es menester preguntarse si a pesar de dicha ilicitud pudieran existir otros criterios en los cuales si sería admisible la una prueba de cargo con violación a derechos fundamentales; tal como es el *concepto indeterminado de interés público*, que quizá, pudiera verse a este concepto como garantía de un debido proceso no solo para el justiciable como parte, sino también al Estado y la sociedad como agraviado, independientemente del agraviado del caso concreto; todo ello en pro de transparencia, congruencia y uniformidad de las decisiones judiciales, así como también de las garantías constitucionales esenciales que se encuentran inmersas en el paradigma de Estado Constitucional.
- iii. Será oportuno, que, en la primera instancia del proceso, el juez realice este análisis de control constitucional con el mecanismo de ponderación de intereses convergentes en dos situaciones:

- Para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales: consideramos que debe existir un control constitucional previa en la etapa de instrucción a través del Auto de apertura debidamente motivada al respecto además de las condiciones dispuestas por el Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales o bien, ubicando en caso en la aplicación Nuevo Modelo Procesal Penal debió ser sometido a debate, análisis y pronunciamiento en la Audiencia preliminar de Control de Acusación Fiscal dispuesto en el Artículo 351° y 352°, de modo tal que el Juez de Investigación Preparatoria realice un mayor análisis en esta etapa Intermedia del Proceso.
- Para la exclusión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales: Una vez fue admitida la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, y no se advirtió en la instrucción este hecho, el juez de la primera instancia podría analizar y pronunciarse mediante la sentencia debidamente motivada no solo sobre la ilicitud de la prueba, sino también si existe una clara contravención al derecho de prohibición prueba de cargo con violación a derechos fundamentales y sobre la relevancia jurídica o connotación de interés público que justifique la admisión de dicho medio probatorio; determinando así la exclusión o validez en el proceso. De igual forma, conforme el Código Procesal Penal, el juez de la etapa intermedia podría referirse sobre la licitud de la prueba hasta antes de la etapa de juzgamiento y también, debido a los intereses involucrados en el caso concreto referirse a las repercusiones de su inadmisión si se considera perjudicado el interés público, hecho que habría requerido el examen de control constitucional previo al juicio oral.
- Resolver la inadmisión de una prueba de cargo con violación a derechos fundamentales: Ya en la sentencia genera afectaciones al sistema judicial por la pérdida de una prueba relevante para sentenciar

sobre una causa, los costos administrativos en vano, favorecimiento del imputado por quedar impune el delito investigado, y también la afectación colateral al imputado por haber sido sometido vanamente a un riguroso proceso judicial cuando el órgano jurisdiccional pudo haberse pronunciado en la etapa intermedia del proceso a través una audiencia de control de acusación –donde se desarrollara el control constitucional previo- resolviendo a través del balancing test – mediante el control constitucional previo- en la etapa de instrucción o en la etapa intermedia del proceso, tal como se dio en el expediente N° 105-2008.

Por lo expuesto, es necesario recordar tal como lo señalo en el Acuerdo Plenario del 2004 en el extremo que señala que: *“(...) si bien, toda violación a derechos fundamentales, por sí ya es grave y acarrea la ilicitud de la prueba, el asunto cambia si lo sometemos a la ponderación de interés de mayor intensidad (...)”* (Tema 3, 2004, pág. Consideración Quinta).

Así las cosas, podría realizarse una modificación normativa, sin perjuicio de la facultad ya existente propia de las prerrogativas jurisdiccionales propias del Estado Constitucional, de modo tal que podría incorporarse un supuesto en el cual pueda protegerse el interés público y, que sea imperativo para todos los jueces penales desarrollar un control constitucional previo sobre la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, antes del juicio oral para evaluar la aplicación de la Ponderación de intereses o no, conforme lo dicho por la doctrina; pues recordemos que esta doctrina ha sido amparada en nuestra legislación pero que lamentablemente en la realidad, goza de una limitada aplicación pues el acuerdo plenario solo ha hecho mención de este supuesto cuando de por medio están los bienes jurídicos concurrentes en la criminalidad organizada o en delitos de estructura compleja, cuando establece que el intérprete podrá:

“(...) hacer valer una prueba ilícita en base a criterios de proporcionalidad, dados en la relación existente entre la gravedad de la infracción a las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de su extirpación. Este principio no hace lícita la prueba prohibida, sino que, no obstante su ilicitud, se le valora por que otros intereses de jerarquía constitucional más importantes así lo exigen (...)” (Tema 3, 2004, pág. Consideración Quinta).

3.2. Formulación de nuevas normas que podrían ser incorporadas al nuevo Código Procesal Penal

Esta propuesta de modificación accesoria al modelo de Control Constitucional planteado en la presente tesis como eje central, podría repercutir en dos dispositivos ya existentes del Nuevo Código Procesal Penal, en los artículos 159° y 351°.

Por ello, solo nos limitaremos a formular la modificación del mencionado artículo en el literal siguiente:

3.2.1. Texto vigente del artículo 159° del nuevo Código Procesal Penal

“Artículo 159 Utilización de la prueba. -

- 1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.*

**Propuesta complementaria y/o accesoria del Texto Modificatorio
del Artículo 351° del Nuevo Código Procesal Penal:**

“Artículo 159 Utilización de la prueba.

El Juez no podrá excluir, utiliza, valorar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Si estas fuentes o medios de prueba son plausibles de ser admitidos debido a las circunstancias e implicancias especiales, toda vez que contengan un especial interés público, o que de no admitirse impida la persecución penal del delito, es menester que el Juez desarrolle un análisis de control constitucional previo para interpretar y fundamentar si es urgente y necesario o no admitir la prueba cargo con violación a derechos fundamentales, sin que estos afecten los otros derechos fundamentales de las partes.

3.2.2. Texto vigente del artículo 351° del nuevo Código Procesal Penal

“Artículo 351 Audiencia Preliminar

- 1. Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.*
- 2. La audiencia será dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria y durante su realización, salvo lo dispuesto en este numeral no se admitirá la presentación de escritos.*
- 3. Instalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El Fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el Juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata”.*

Propuesta accesoria y/o complementaria del Texto Modificadorio del Artículo 351° del Nuevo Código Procesal Penal:

Artículo 351 Audiencia Preliminar

- a. Presentados los escritos y requerimientos del sujeto procesal o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.
- b. ***Excepcionalmente, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 159°, de surgir alguna implicancia o circunstancias respecto de la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, el juez por única vez realizará un nuevo control constitucional en audiencia con presencia de las partes procesales, para decidir respecto de la admisión o rechazo de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, luego se continuará con el trámite respectivo de la audiencia preliminar, para no generar afectaciones a los otros derechos fundamentales de las partes.***
- c. La audiencia será dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria y durante su realización, salvo lo dispuesto en este numeral no se admitirá la presentación de escritos.

Instalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El Fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el Juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.



CONCLUSIONES

1. En el marco del paradigma de Estado Constitucional, es posible la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales a través de una adecuada interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales que de ella derivan, pues si bien es importante garantizar el respeto a todos los derechos de los imputados, pues es menester del juez constitucional adoptar los mecanismos jurídicos necesarios que también prevean efectivamente el respeto a los derechos de la contraparte, de modo tal que la exclusión de la “prueba ilícita” no sea una regla absoluta en consecuencia de una interpretación literal de la norma y que no sea un blindaje para la impunidad.
2. Los derechos fundamentales se constituyen como la piedra angular sobre la cual se erige nuestro ordenamiento legal y en consecuencia nuestra vida en sociedad; por ello es menester reconocer a plenitud la dimensión subjetiva de los derechos, así como sus posibles matices colectivos y el impacto que ellos podrían sufrir ante una posible exclusión de medios probatorios de cargo con violación a otros derechos fundamentales, que afectan no solo a los derechos e interés de las víctimas, sino que además aporta una seria lesión a los intereses públicos del Estado.
3. El derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, es un derecho autónomo, diferente al derecho a probar, pues consta de una regla negativa que impide que se utilice un medio de prueba de cargo que viole otros derechos; hecho que fundamenta en si mismo su contenido esencial; además de contener la estructura necesaria para ser considerado un derecho fundamental independiente –esto es, que goza de disposiciones, normas y posiciones constitucionales- que le dan esta calidad.
4. El derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, como todo derecho, no es absoluto, pues de los límites de él, en caso exista una antinomia o duda en su aplicación, podrá

utilizarse mecanismos de interpretación constitucional que diluciden si se debe amparar este derecho a toda costa como regla general, o si podría encontrarse matices que permitan realizar una salvedad válida a esta regla y se pueda determinar su admisión en el proceso.

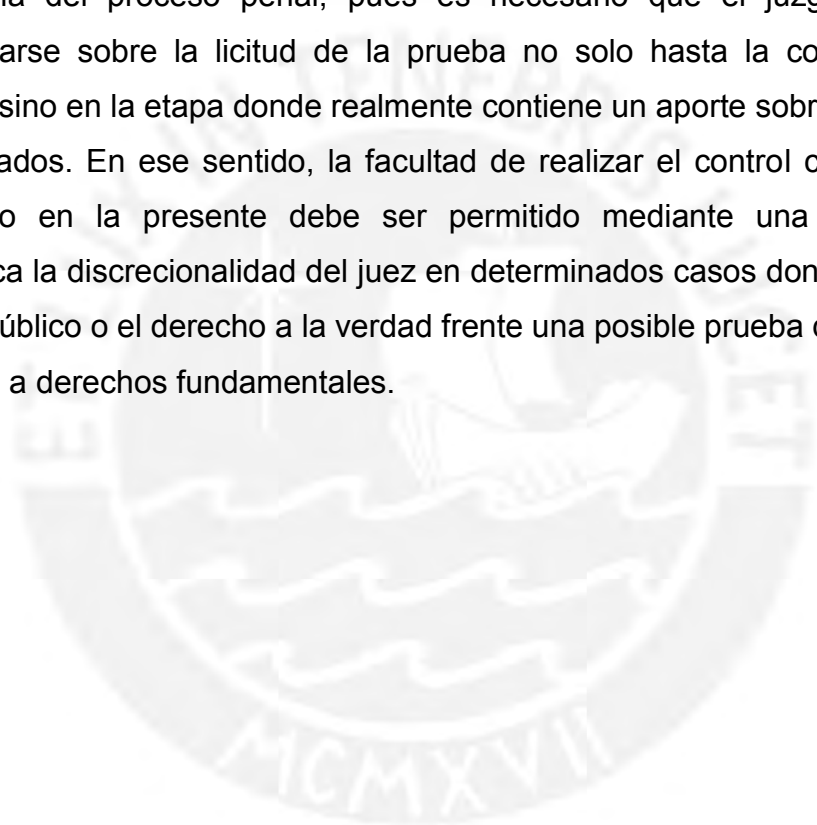
5. El derecho fundamental de la prohibición de prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, no se trata solo de un cambio de nomine iuris, pues se encuentra sustentado en su propio contenido esencial, en su propia naturaleza jurídica y en su carácter no absoluto y secuencial, pues si bien goza de autonomía, se va ver relacionado en su desenvolvimiento con otros derechos fundamentales, pues; por decirlo en palabras sencillas, el desenvolvimiento de este derecho será plenamente visible cuando se encuentra enfrentado a otros derechos fundamentales como explícitos en la Constitución-el derecho a probar, a la defensa, etc.- implícitos como derecho a la verdad-; derechos para los cuales el intérprete deberá analizar alguna posibilidad de salvar esta prueba de cargo y pueda admitirse válidamente y de conformidad al paradigma de Estado Constitucional.
6. Es necesario evaluar la posibilidad de realizar este modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, en determinados casos –realizando una excepción a la regla general de exclusión-; toda vez que la exclusión de este medio probatorio podría perjudicar severamente otros derechos fundamentales de la contraparte, tal como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a la verdad y la ponderación del interés público.
7. La interpretación constitucional juega un rol importantísimo a la hora de realizar el Control Constitucional del derecho a la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues mediante ella se puede llegar a abstraer el sentido compatible de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, pues si se toma en cuenta con las disposiciones constitucionales que permitan concluir su validez, se podrá determinar su

admisión al proceso; o en su defecto, permitirá encontrar un sentido incompatible con los derechos constitucionales que invaliden de modo insalvable la prueba “ilícita” de cargo, determinando su exclusión del proceso.

8. El intérprete de la Constitución debe tener en cuenta las dimensiones de cada derecho fundamental involucrado a la hora de realizar el control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales, asimismo, deberá analizar los bienes jurídicos protegidos en la comisión de delitos a ser investigados y sobretodo de la esencia del derecho a no probar en contracara a otros derechos. Todo ello con la finalidad de ser analizados e interpretados de conformidad al paradigma de Estado Constitucional.
9. Proponemos un modelo de control constitucional de la prueba de cargo obtenida con violación de derechos fundamentales sustentado en tres pasos: 1° **Análisis de constitucionalidad de la prueba de cargo**; 2° **El empleo de la tesis de la ponderación como eje del control constitucional**; y, 3° **Decidir la admisión o inadmisión de la prueba de cargo con violación de derechos fundamentales, supone contar con competencia constitucional**
10. Seguir este esquema metodológico de Control Constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales se establece como una herramienta útil para que el intérprete, al momento de realizar un Juicio de Ponderación o ponderación de intereses y se determinen los valores o grados que coadyuven a hallar un sentido incompatible o incompatible de la prueba de cargo obtenida con violación de derechos fundamentales.
11. El Control Constitucional en una etapa previa al juzgamiento dentro del proceso penal permitirá no solo que se eviten perjuicios al imputado por someterlo a dilatados procesos judiciales, sino que además evitara que la víctima quede con una sensación de impunidad tras ver como el *ius puniendi* del derecho penal es obstruido por la exclusión de una prueba de cargo con violación a derechos fundamentales; puesto que el medio probatorio podría resultar relevante para la determinación de responsabilidades en algunos casos de notable interés

público; asimismo, este modelo de Control Constitucional a la luz de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales coadyuvaría a evitar costos administrativos innecesarios, propios de cada proceso y la sobrecarga procesal en un sistema judicial ya recargado como el peruano.

12. Es necesario que se reconozca la potestad del juez para realizar el modelo de control constitucional para la admisión de la prueba de cargo con violación a derechos fundamentales en la etapa de investigación e incluso en la etapa intermedia del proceso penal, pues es necesario que el juzgador pueda pronunciarse sobre la licitud de la prueba no solo hasta la conclusión del proceso sino en la etapa donde realmente contiene un aporte sobre los hechos cuestionados. En ese sentido, la facultad de realizar el control constitucional planteado en la presente debe ser permitido mediante una norma que reconozca la discrecionalidad del juez en determinados casos donde impere el interés público o el derecho a la verdad frente una posible prueba de cargo con violación a derechos fundamentales.



BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2003). Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. En M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 31-36). Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.
- ARMENTA DEU, T. (s.f.). *La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)*. Recuperado el 21 de octubre de 2014, de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext
- ATIENZA, M., & RUIZ MANERO, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- BASUALTO HERNÁNDEZ, H. (s.f.). *La exclusión*.
- BASUALTO, H. (s.f.). *La exclusión*.
- BENTHAM, J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales*. Imprenta don Gómez Jordan.
- BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, C. (s.f.). *La racionalidad de la ponderación*. Recuperado el 1 de Abril de 2016, de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=599&IDA=26148>
- BUSTAMANTE ALARCON, R. (s.f.).
- BUSTAMANTE ALARCON, R. (s.f.). *El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Aras Editores.
- BUSTAMANTE ALARCON, R. (s.f.). El problema de la prueba ilícita: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. *Revista Themis*.
- CAPELLETI, M. (1984). *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. Madrid: Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales.
- CARNELUTTI, F. (1955). *La prueba Civil*. Buenos Aires : Ediciones Arayu- Librería Depalma S.A.C.I. .
- CAROCCA PEREZ, A. (2006). *El nuevo sistema Procesal Penal* (3.º ed.). Chile: Lexis Nexis.
- CAROCCA PEREZ, A. (s.f.). *El nuevo sistema Procesal Penal* (3.º ed.). Chile: Lexis Nexis.
- CARRIÓ, A. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Caso Cabrera García y Montiel Flores, 220 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010).
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS 26 de Noviembre de 2010).

- Caso Genaro Villegas Namuche, EXP. N.º 2488-2002-HC/T (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 18 de Marzo de 2004).
- Caso JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, Expediente N° 0090-2004-AA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 5 de Julio de 2004).
- Caso Natalia Foronda Crespo y otras, RTC. N° 02333-2004-11C/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12 de Agosto de 2004).
- Caso: QUIMPER HERRERA, ALBERTO, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2010).
- Caso: QUIMPER HERRERA, ALBERTO, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2010).
- CASTRO TRIGOSO, H. (2008). *Criterios para la determinación de la Prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales*. Lima.
- CORREA ZACARÍAS, C. (2016). *Política criminal* (Vol. vol.11). Santiago julio. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100005#n22
- DE ASIS ROIG, R. (2005). *Escrito sobre Derechos Humanos*. Lima: ARA Editores .
- DE ASIS ROIG, R. (s.f.). Sobre el concepto de Estado de derecho. *Revista Ius Et Veritas*. Recuperado el 11 de marzo de 2016, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12361/12925>
- DEL RÍO FERRETTI, C. (s.f.). *Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva*. Recuperado el 18 de Setiembre de 2014, de Revista de Derecho de la Pontificia Universidad: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100010&script=sciarttext>
- DELGADO PINTO, J. (1989). *La función de los derechos humanos en un regimen democratico*. Madrid, España: Editorial Debate, S.A. , Zurbano.
- DEVIS ECHANDIA, H. (s.f.). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Vol. I). Bogotá.
- DIAZ, E. (1998). *Estado de derecho y sociedad*. Madrid: Taurus.
- DONOSO, E. (s.f.). *Los derechos*.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. (2003). *Jurisdicción Constitucional Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima: Ara Editores .
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. (P. y. Trad. IBAÑEZ, Trad.) Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2014). *La Democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. España: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (s.f.). *Derecho y razón*.

- FERRAJOLI, L. (s.f.). *Derechos y garantías: La ley del más débil*.
- FERRAJOLI, L. (s.f.). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Recuperado el 25 de Marzo de 2016, de https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/2-derechos-y-garantias_la-ley-del-mas-debil-luigi-ferrajoli.pdf
- FOIRAVANTI, M. (s.f.). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*.
- GARCÍA MORELOS, G. (2005). El control judicial de las leyes y derechos fundamentales. En *Controles Constitucionales*. México: Editorial FUNDAP .
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y Estado constitucional de derecho. En *Obras Completas* (Vol. III). Madrid: CEC.
- GONZALES MANTILLA, G. (2009). *Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- GONZALES MANTILLA, G. (2009). *Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2008). La conexión de antijuricidad en la prueba prohibida. En J. L. Colomer, *Prueba y Proceso Penal*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- GUARIGLIA, F. (2005). *Concepto, fin y alcances de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, una propuesta de fundamentación*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- GUERRERO PERALTA, J. O. (2009). *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis.
- HABERLE, P. (2003). *El Estado constitucional*. Lima: PUCP.
- HERNÁNDEZ CHONG CUY, M. A. (2005). "Legislar o Clonar" Una invitación a la reflexión legislativo. En *Controles Constitucionales*. México: Editorial FUNDAP.
- HERNANDEZ MIRANDA, E. (2012). *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- HERNANDEZ MIRANDA, E. (2012). Preceptos generales de la prueba en el proceso penal. En P. E. Revilla Llaza, E. Hernández Miranda, & C. Salas Beteta, *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.
- HORVITZ LENNON, L. M. (s.f.). *Derecho procesal 2*.
- HORVITZ LENNON, L. M. (s.f.). *Derecho procesal 2*.
- HORVITZ LENNON, L. M. (s.f.). *Derecho procesal 2*.
- HORVITZ LENNON, M. I., & LÓPEZ MASLE, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno* (Vol. II). Santiago: Jurídica de Chile.
- http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100005#n22. (s.f.).
Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000100005#n22

- JURISDICCIONAL, A. P. (2004). *Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal penal y penitenciaria*. Trujillo:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/72b7478046d47810a53fa544013c2be7/C7POL T.JUR.1PLENONAC.PRES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=72b7478046d47810a53fa544013c2be7>.
- LEDESMA NARVÁEZ, M. (2009). *Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo* (2.º ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica S.A.,.
- LEVENE, R. (1993). *Manual de Derecho procesal penal* (2.º ed., Vol. II). Buenos Aires: Depalma.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (s.f.).
- LOPEZ FLORES, L. (noviembre 2016). *Control Constitucional y Control Difuso de Constitucionalidad: Razones para una distinción, a propósito del precedente “Consortio Requena”*. (Vol. TOMO 107). Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- LÓPEZ MASLE, J. (2012). *Derecho procesal 2*.
- MAIER, J. E. (1997). El Código Procesal Penal modelo y nuevas tendencias del proceso penal. *Revista de proceso San Pablo*, 248 256.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2003). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2012). *La prueba en el Proceso Penal Peruano Acusatorio*. Jurista Editores.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (2.º ed.). España: Bosch Editor.
- MORALES GODO, J. (2010). La función del Juez en una sociedad democrática. En *Garantismo y crisis de la Justicia*. Medellín: Universidad de Medellín.
- MORALES GODO, J. (2010). La función del Juez en una sociedad democrática. En *Garantismo y Crisis de la Justicia*. Medellín: Editor Universidad de Medellín.
- MURGUERZA, J. (1989). La alternativa del Disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos). En J. MURGUERZA, *El fundamento de los Derechos Humanos* (págs. 19-31). Madrid, España: Editorial Debate, S.A., Zurbano.
- NÚÑEZ OJEDA, R. (2003). El ofendido por el delito y la prueba en el enjuiciamiento criminal español. En R. COLOMA CORREA, *La prueba en el nuevo proceso penal oral*. Santiago: LexisNexis.
- PALACIO, L. E. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- PEREZ LUÑO, A. E. (1984). *Los Derechos Fundamentales. Tema clave de la Constitución Española*. Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.

- PRIETO SANCHIS, L. (s.f.). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Recuperado el 28 de marzo de 2016, de [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)
- PRIETO, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: CEC.
- Ross, A. (1994). Sobre el Derecho y la justicia. En R. GUASTINI. Buenos Aires: Eudeba.
- Ross, A. (1994). *Sobre el Derecho y la justicia* (5.º ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- ROXIN, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. (G. CÓRDOBA, & D. PASTOR, Trads.) Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUBIO CORREA, M. (2011). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2001). *Derecho Procesal Penal* (Vol. II). Lima: Grijley.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2011). En G. PRIORI, *Proceso y Constitución*. Lima: Aras Editores E.I.R.L.
- SANCHIS PRIETO, L. (s.f.). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Recuperado el 28 de Marzo de 2016, de [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)
- SENTIS MELENDO, S. (1978). *La prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- TARUFFO, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Lima: Ara Editores.
- TARUFFO, M. (s.f.). *La Prueba*. Ecuador: Monografías Jurídicas Universitas. Editorial Metropolitana.
- TARUFFO, M. (s.f.). *Simplemente la Verdad*.
- Tema 3 (ACUERDO DEL PLENO JURISDICCIONAL SUPERIOR NACIONAL PENAL 2004).
- TERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA, Sentencia Exp. Nº 105-2008 (ERCERA SALA PENAL LIQUIDADORA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 8 de Setiembre de 2015).
- VAZQUEZ, R. (2001). *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*. México: Paidós.
- VEGA HERNÁNDEZ, J. R. (2005). Controles Constitucionales. En *La defensa y el Control Constitucional*. México: Editorial FUNDAP.
- ZAGREBELSKY, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (3.º ed.). España: Trotta S.A.
- ZAGREBELSKY, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (3ra ed.). España: Editorial Trotta S.A.